Sygn. akt: KIO 1713/19

WYROK

z dnia 23 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 16, 18 i 20 września 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2019 roku przez wykonawcę Elsevier B.V. z siedziba w Amsterdamie, Holandia

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (Lider Projektu) oraz Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, Gdański Uniwersytet Medyczny, śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, Warszawski Uniwersytet Medyczny, Instytut Medycyny Pracy im. Prof. dr med. Jerzego Nofera w Łodzi (Partnerzy Projektu)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechnikę Warszawską (partner) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1713/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą „Dostawa licencji na system i wdrożenie systemu na potrzeby Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu oraz 7 jednostek partnerskich, prezentującego i promującego osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy".

   Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną

   odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechnika Warszawska (partner).

   Nakazuje Zamawiającemu dokonanie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechnika Warszawska (partner) w kryterium „Doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego" z uwzględnieniem do punktacji jedynie doświadczenia członków zespołu wdrożeniowego potwierdzającego wykonanie usługi.

   Nakazuje Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechnika

Warszawska (partner) do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia w określonych warunkiem zrealizowanych dostawach wraz z wdrożeniem.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechnika Warszawska (partner) do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia z uwzględnieniem wymogu podania informacji co do doświadczenia w wykonaniu opisanych warunkiem usług.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechnikę Warszawską (partner) i Zamawiającego Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (Lider Projektu) oraz Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, Gdański Uniwersytet Medyczny, Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, Warszawski Uniwersytet Medyczny, Instytut Medycyny Pracy im. Prof. dr med. Jerzego Nofera w Łodzi (Partnerzy Projektu) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Elsevier B.V. z siedziba w Amsterdamie, Holandia tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza łącznie od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Politechniki Warszawskiej (partner) i od Zamawiającego Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (Lider Projektu) oraz Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku, Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, Instytutu Medycyny Pracy im. Prof. dr med. Jerzego Nofera w Łodzi (Partnerzy Projektu) na rzecz wykonawcy Elsevier B.V. z siedziba w Amsterdamie, Holandia kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odpowiednio, w następujący sposób:

- od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik)

oraz Politechniki Warszawskiej (partner) na rzecz wykonawcy Elsevier B.V. z siedziba w Amsterdamie, Holandia kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy), oraz

- od Zamawiającego Uniwersytetu Medycznego im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (Lider Projektu) oraz Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku, Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego, Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, Instytutu Medycyny Pracy im. Prof. dr med. Jerzego Nofera w Łodzi (Partnerzy Projektu) na rzecz wykonawcy Elsevier B.V. z siedziba w Amsterdamie, Holandia kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1713/19

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu (Lider Projektu) oraz Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, Gdański Uniwersytet Medyczny, śląski

Uniwersytet Medyczny w Katowicach, Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, Warszawski Uniwersytet Medyczny, Instytut Medycyny

Pracy im. Prof. dr med. Jerzego Nofera w Łodzi (Partnerzy Projektu) - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa licencji na system i wdrożenie systemu na potrzeby Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu oraz 7 jednostek partnerskich, prezentującego i promującego osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy."

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2019 roku pod numerem 2019/S 071-167353.

2 września 2019 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci bezprawnego:

1) wyboru w Postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sages Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum, dalej indywidualnie: „Sages") oraz Politechnika Warszawska (Partner Konsorcjum, dalej indywidualnie; „PW") (dalej łącznie; „Konsorcjum Sages");

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Sages;

3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum Sages,

4) ewentualnie, zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń lub wyjaśnień treści dokumentów i oświadczeń.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sages pomimo złożenia oferty, w tym próbki systemu na potwierdzenie wymaganych funkcjonalności, oraz ich zaprezentowania, w sposób niezgodny treścią SIWZ, procedurą weryfikacji oraz naruszeniem umowy łączącej Odwołującego z PW, majątkowych praw autorskich Odwołującego przysługujących mu do zasobów wchodzących w skład bazy danych Scopus, a także naruszeniem wyłącznego prawa do bazy danych przysługującego Odwołującemu na podstawie ustawy z dnia 27 lipca 2001 roku o ochronie baz danych (Dz.U. z 2018 roku, poz. 2339) co w szczególności należy uznać za równoważne z niewykazaniem wymaganych funkcjonalności;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sages pomimo posłużenia się i wykorzystania w ofercie przez Konsorcjum Sages nieautoryzowanym dostępem do bazy danych Scopus, co stanowi naruszenie umowy łączącej Odwołującego z PW, naruszeniem majątkowych praw autorskich oraz naruszeniem wyłącznego prawa do dysponowania bazą danych Scopus przez Odwołującego stanowiąc tym samym czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1-2 Kodeksu cywilnego (dalej jako: „KC") w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sages pomimo sprzeczności oferty Konsorcjum Sages z umową łączącą Odwołującego z PW, naruszeniem majątkowych praw autorskich Odwołującego do zasobów

wchodzących w skład bazy danych Sages oraz prawa do bazy danych przysługującego Odwołującemu na podstawie ustawy o ochronie baz danych i zasadami współżycia społecznego, w konsekwencji czego jest ona nieważna;

4) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sages mimo prowadzenia Zamawiającego w błąd co do zgodności oferty z wymaganiami, przez demonstrację próbki systemu w sposób niezgodny z treścią SIWZ, procedurą weryfikacji, operującego na danych uzyskanych z naruszeniem majątkowych praw autorskich Odwołującego, naruszeniem wyłącznego prawa do bazy danych przysługującego Odwołującemu w celu prezentacji wymaganych funkcjonalności, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

5) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1-2 ustawy i art. § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „Rozporządzenie") przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sages, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz w dysponowania wymaganym potencjałem osobowym;

6) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sages, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz w dysponowania wymaganym potencjałem osobowym oraz z uwagi na fakt, że Konsorcjum Sages nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

7) ewentualnie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do

Konsorcjum Sages o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz w dysponowania wymaganym potencjałem osobowym lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie;

8) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez nieprawidłową ocenę oferty

Konsorcjum Sages i w konsekwencji przyznanie Konsorcjum Sages zawyżonej ilości punktów w zakresie kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego, tj. w uwzględnieniem także projektów będących na dzień składania ofert wtoku realizacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w Postępowaniu: unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Sages; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty Konsorcjum Sages; wykluczenia Konsorcjum Sages z Postępowania, ewentualnie wezwanie Konsorcjum Sages do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwanie Konsorcjum Sages do wyjaśnień w tym zakresie;

ewentualnie do pkt 3-4 powyżej, przyznania ofercie Konsorcjum Sages mniejszej ilości punktów w zakresie kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego, tj. bez uwzględnienia projektów będących na dzień składania ofert w toku realizacji.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta Odwołującego zajmuje obecnie drugą pozycję w rankingu ocenionych ofert. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia jest jednoznaczny z uwagi na fakt, że gdyby Zamawiający zgodnie z przepisami Pzp odrzucił ofertę Konsorcjum Sages (obecnie pozycja nr 1 w rankingu ocenionych ofert), to właśnie oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W razie sanacji zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący uzyska przedmiotowe

zamówienie. Jednocześnie Odwołujący doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w Postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie na dostawę licencji na system i wdrożenie systemu na potrzeby Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu oraz 7 jednostek partnerskich, prezentującego i promującego osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy każdej z jednostek indywidualnie wraz z rozwiązaniem umożliwiającym wspólną prezentację, przeszukiwanie i analizowanie wybranych danych.

W dniu 22 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku Postępowania po powtórzeniu czynności i badania oferty (w aktach).

Zgodnie z art. 24aa ust. 1 Pzp, Zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a następnie zbadał czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Za najkorzystniejszą uznano i wybrano ofertę Konsorcjum Sages (100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert), a ofertę Odwołującego sklasyfikowano na drugim miejscu (79,82 pkt w ramach kryteriów oceny ofert). Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem Postępowania, wywodząc, że Konsorcjum Sages winno być wykluczone z Postępowania, a jego oferta odrzucona, względnie wykonawcy Ci powinni otrzymać mniejszą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

I. Naruszenie praw autorskich

Odwołujący podał, że przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 2 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), w załączniku nr 3 do SIWZ (Arkusz Informacji Technicznej dla funkcjonalności wymaganych) (dalej jako „Arkusz informacji technicznej") oraz w załączniku nr 4 do SIWZ (Arkusz Informacji Technicznej dla funkcjonalności zadeklarowanych). Szczegółowe warunki i zasady realizacji umowy określa wzór umowy (zał. nr 9 do SIWZ).

Zamawiający wymagał przedłożenia wypełnionego przez wykonawcę Arkusza informacji technicznej jako załącznika stanowiącego integralną część oferty (pkt XI.4.2 SIWZ). Wymagane funkcjonalności wskazane przez wykonawców w Arkuszu informacji technicznej miały być zaprezentowane w dostarczonej wersji demonstracyjnej/testowej systemu. Weryfikacja próbek systemu nastąpić miała zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ „Procedura weryfikacji funkcjonalności systemu" (dalej jako „Procedura weryfikacji").

Zgodnie z pkt. 2.15 tabeli zawartej w Arkuszu Informacji Technicznej oraz Procedurze weryfikacji, każdy wykonawca miał zaprezentować funkcjonalność systemu polegającą na umożliwianiu automatycznego importowania danych za pomocą gotowych interfejsów programistycznych aplikacji z zewnętrznych źródeł internetowych obejmujących co najmniej: PubMed, Scopus, WoS oraz Cross|Ref. Weryfikacja tej funkcjonalności miała nastąpić przez zaprezentowanie w próbce systemu możliwości importu z wymaganych zewnętrznych źródeł (a więc także ze Scopus).

Podobnie z pkt. 2.26 tabeli zawartej w Arkuszu Informacji Technicznej oraz Procedurze weryfikacji wynika obowiązek wykazania możliwości importu metadanych ze źródeł zewnętrznych, wśród których wskazane są w szczególności systemy bibliograficzne Partnerów Projektu, bazy WoS i Scopus.

W pkt. 2.16 i 2.17 ww. tabel, baza Scopus była natomiast jednym z narzędzi, które mogło zostać wybrane przez wykonawców w celu zaprezentowania spełniania wymaganej funkcjonalności.

Konsorcjum Sages potwierdziło w swojej ofercie spełnienie wszystkich wskazanych wyżej wymogów, a Zamawiający zweryfikował to zgodnie z Procedurą weryfikacji.

Oprogramowanie Scopus jest produktem Odwołującego, do którego posiada on pełne i wyłączne majątkowe prawa autorskie. Politechnika Warszawska (członek Konsorcjum Sages) ma zapewniony dostęp do korzystania z bazy Scopus na zasadach ogólnej dostępności zapewnionych na poziomie ogólnokrajowego kontraktu „Elsevier Subscription Agreement" z dnia 10 kwietnia 2019 r. („Umowa subskrypcji"), na podstawie której

użytkownik uzyskuje dostęp do licencjonowanych materiałów („Subskrybowane Produkty”), w tym dostęp do bazy danych Scopus.

Warunki korzystania Subskrybowanych Produktów są ściśle określone i ograniczone przez poprzez zakreślenie celu i sposobu korzystania z nich przez Użytkownika będącego sygnatariuszem umowy. Praktyka wskazywania zakresu i celu jest w warunkach obrotu produktami tego typu powszechna i wynika przede wszystkim z wymagań licencyjnych stron trzecich, których publikacje dystrybuowane są przy pomocy baz danych wchodzących w skład oprogramowania dostarczanego przez Odwołującego.

Należy przede wszystkim podkreślić, że warunki Umowy Subskrypcji jednoznacznie wskazują na prawo dla każdej instytucji będącej stroną umowy do korzystania z dostępu do baz danych w określony sposób, tj. dla celów badawczych, naukowych, wyłącznie poprzez uprawnionych użytkowników danej instytucji (por. ustęp 1.3 Umowy Subskrypcji). Ponadto 1.4 Umowy Subskrypcji ogranicza dystrybucję treści Scopus (w tym zwłaszcza produktów przez zewnętrznych kontrahentów, wprost zabraniając zwielokrotniania lub rozpowszechniania istotnej części baz danych zwierających Licencjonowane Produkty.

Dodatkowo pkt. 1.5 Umowy zawiera ostrzeżenie, że rozpowszechnianie materiałów objętych licencją może spowodować nieodwracalną szkodę dla Odwołującego.

Odnosząc się do technicznych szczegółów prezentacji systemu dla Zamawiającego, prezentacja ta mogła obyć się faktycznie w jeden z dwóch sposobów, tj. : przez dostarczenie Zamawiającemu przez Konsorcjum Sages systemu zawierającego pobrane uprzednio z bazy Scopus licencjonowane materiały utrwalone na nośniku lub (ii) przez dostarczenie rozwiązania, które jest w stanie pobierać dane z bazy Scopus on-line za pomocą klucza API Scopus, przypisywanego indywidualnie każdemu licencjobiorcy.

W czasie testu wykonawca miał obowiązek w czasie rzeczywistym wykazać możliwość importu danych ze źródeł zewnętrznych, w tym ze Scopus, bowiem jedna z prezentowanych funkcjonalności miała być skuteczna komunikacja z bazami WoS Scopus czy CrossRef. Demonstracja systemu przez Konsorcjum Sages wymagała zatem dostarczenia rozwiązania, które jest w stanie pobierać dane z bazy Scopus on-line za pomocą klucza API Scopus. Jednocześnie Zamawiający, dopuścił prezentację funkcjonalności na systemie produkcyjnym tylko i wyłącznie w wypadku zaistnienia okoliczności skutecznie uniemożliwiających prezentacje na wersji demonstracyjnej i niezależnych od oferenta (odpowiedź na pytanie nr 19 z dnia 17 maja 2019 r.).

Zamawiający zwracał się do Konsorcjum Sages o wyjaśnienie treści oferty w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. Pzp. (pismo z 14.08.2019 r., w aktach). W odpowiedzi, wyjaśniając treść własnej oferty (pismo Konsorcjum Sages z 20.08.2019 r., w aktach), Konsorcjum Sages przyznało m.in., że: dostarczyło kopię systemu zrealizowanego i działającego w PW (Baza Wiedzy Politechniki Warszawskiej). Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego niezgodność z Procedura weryfikacji, w tym z pkt. 2.15. 2.16., 2.17 oraz 2.2.6 tabeli zawartej w Arkuszu Informacji Technicznej oraz Procedurze weryfikacji, oraz ww., interpretacją treści SIWZ dokonana przez Zamawiającego przed terminem składania ofert. Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił sytuację, w jakiej dopuszcza wykorzystanie wcześniej przygotowanych danych (a nie pobieranie ich w czasie rzeczywistym), tymczasem Konsorcjum Sages nie wykazało jakichkolwiek „okoliczności skutecznie uniemożliwiających prezentację na wersji demonstracyjnej i niezależnych od oferenta", uzasadniających odstąpienie od wymogu. W ocenie Odwołującego uzasadnieniem nie może być, jak twierdzi Konsorcjum Sages, brak możliwości przeprowadzenia prezentacji na żywo z uwagi na brak dostępu do bazy. Konsorcjum Sages nigdy nie zadbało o taki dostęp (w tym nie wystąpiło do producenta o dostęp), lecz zdecydowało o pobraniu danych na PW przed prezentacją i umieszczeniu ich jako kopia do celów testowych, nie posiadając uprawnień. Odwołujący wskazał, że rażąco naruszono przy tym ww. zasady SIWZ oraz uczciwą konkurencję, bowiem skopiowanie danych wcześniej jest dużo łatwiejsze, umożliwia w sposób kontrolowany usunięcie ewentualnych błędów, weryfikację poprawności działania czy ewentualne korekty. Tymczasem pobieranie danych miało następować w czasie rzeczywistym podczas weryfikacji próbki systemu. Niezależnie o ww. niezgodności z treścią SIWZ, naruszenie procedury weryfikacji systemu przyjętej w Postępowaniu, wynika także z faktu naruszenia działaniami członków Konsorcjum Sages Umowy subskrypcji jak i obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący podniósł, że nniezależnie od tego czy treść oferty, w tym prezentacja systemu, odbyłaby się przez uprzednie pobranie danych czy też przez klucz API, to żadna z tych czynności nie ma oparcia ani w Umowie subskrypcji, ani obowiązujących przepisach prawa. W pierwszym możliwym i podstawowym przypadku, gdyby Konsorcjum Sages korzystało z API Scopus, wówczas według polityki Elsevier B.V. powinno było uzyskać uprzednią zgodę Elsevier.
Polityka, o której mowa powyżej jest częścią umowy „API Service Agreement", którą każdy z użytkowników, który korzysta z dostępu do API jako deweloper programistyczny musi zaakceptować. Umowa dostępna jest na stronie internetowej pod adresem

Wskazana umowa oraz będące jej
częścią polityki nie obejmowały prawa do wykorzystywania kluczy API w komercyjnych przedsięwzięciach, w szczególności ich używania w czasie prezentacji przed potencjalnymi klientami. W przypadku wątpliwości odnośnie użycia API poza opisanymi na stronie internetowej Elsevier przypadkami, zgodnie z politykami użytkownik winien skontaktować się z firmą Elsevier. W takim przypadku Elsvier przeprowadza wewnętrzny proces zatwierdzania, w ramach którego wnioskodawca musi się zgodzić, że zezwala uniwersytetom posiadającym licencje Scopus na wykorzystanie bazy danych Scopus w ich oprogramowaniu CRIS, że nie będzie agregować danych z różnych uniwersytetów w żadnym celu oraz, że każda uczelnia widzi tylko dane z własnej instytucji. Umowa ta ma charakter pisemny. W drugim możliwym przypadku, a mianowicie nie korzystania z API dla celów prezentacji, lecz dostarczenia oprogramowania z pobranymi na nośnik danymi z bazy Scopus (do czego zdaniem Odwołującego przyznaje się Konsorcjum Sages w swoich wyjaśnieniach), jest to akt niedozwolonego zwielokrotnienia bazy danych Scopus, co stanowi nie tylko naruszenie Umowy subskrypcji ale również naruszenie bezwzględnych przepisów prawa, tj. wkroczenia w monopol prawno-autorski w rozumieniu art. 79 ust. 1 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz naruszenia przysługującego Odwołującemu na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie baz danych wyłącznego prawa do zezwalania na pobieranie lub wtórne wykorzystanie danych zgromadzonych w bazie danych Scopus. Odwołujący argumentował również, że wykonawca Sages (Lider Konsorcjum Sages) w ogóle nie posiada licencji do korzystania z bazy danych Scopus. Nie był więc uprawiony ani do korzystania z bazy danych Scopus, ani do korzystania z API. Do takiego korzystania konieczne jest bowiem posiadanie licencji do baz danych Scopus. Lista licencjobiorców posiadających prawo do używania oprogramowania Scopus znajduje się pod linkiem: Konsorcjum Sages nigdy
nie zwracało się do Elsevier o udzielenie takiej licencji. Działanie Konsorcjum Sages polegające na złożeniu i wykorzystaniu oferty/próbki systemu z wykorzystanym wbrew warunkom licencji API Scopus dla własnych korzyści komercyjnych, stanowi jednocześnie naruszenie przez PW warunków ww. umowy, oraz naruszenie przez Sages, jako stronę trzecią umowy, praw własności intelektualnej Odwołującego (i jego dostawców) do zarówno do poszczególnych licencjonowanych materiałów wchodzących w skład bazy danych Scopus jak i wyłącznego prawa do pobrania oraz wtórnego wykorzystania bazy danych, której producentem w świetle ustawy o ochronie baz danych jest Odwołujący.

Zarówno w dacie składania oferty jak i na czas demonstracji próbki systemu, Konsorcjum Sages nie posiadało wymaganych uprawnień prawno-autorskich do wykorzystania API Scopus, prawa do zwielokrotniania zgromadzonych w bazie Scopus materiałów objętych ochroną przepisów prawa autorskiego oraz prawa do dysponowania bazą danych w rozumieniu ustawy o ochronie baz danych. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, złożenie i wykorzystanie przez Konsorcjum Sages próbki systemu na potwierdzenie wymaganych funkcjonalności w sposób niezgodny z prawem oraz naruszeniem powyżej opisanych praw Odwołującego, należy uznać za równoważne z niezaprezentowaniem wymaganych funkcjonalności, w szczególności odnoszących się do pkt 2.15, 2.16, 2.17 oraz pkt 2.26 tabeli zawartej w Arkuszu Informacji Technicznej (zał. Nr 3 do SIWZ) oraz tabeli zawartej w Procedurze weryfikacji (zał. Nr 13 do SIWZ).

Odwołujący wskazał na pkt 2 Procedury Weryfikacji (Zał. Nr 13 do SIWZ), zgodnie z którym dostarczony system musi posiadać wszelkie wymagane sterowniki/licencje i być gotowy do weryfikacji od razu po zainstalowaniu. Oferta Konsorcjum Sages jest więc niezgodna także z tym postanowieniem. System będzie następnie stanowił wzorzec do dostawy realizowanej w ramach umowy (pkt 5 Zał. Nr 13 do SIWZ). System stanowi integralny element oferty niepodlegający uzupełnieniu ani wymianie (pkt 8 Procedury Weryfikacji). Konsorcjum Sages nie miało prawnej możliwości przeprowadzenia weryfikacji zaoferowanego systemu z wykorzystaniem własności intelektualnej Odwołującego (bez uprzedniej licencji), w zakresie wskazanych wyżej funkcjonalności. Faktyczne spełnienie w czasie testu tych funkcjonalności nie mogłoby nastąpić bez naruszenia praw własności intelektualnej Odwołującego, chyba że Konsorcjum Sages zawnioskowałoby o stosowaną licencję, co jednak nie miało miejsca. W aspekcie prawnym zatem ww. funkcjonalności nie zostały spełnione podczas weryfikacji, a ponadto sama oferta Konsorcjum Sages opiewająca na wykorzystanie dla celów stricte zarobkowych dóbr Odwołującego (bez posiadania stosownej zgody) jest niezgodna z ww. postanowieniami treści SIWZ, co powinno skutkować jej odrzuceniem. Odnośnie wykorzystania przyszłej umowy Konsorcjum Sages zadeklarowało spełnienie ww. funkcjonalności przez zaoferowany system, co na dzień złożenia oferty jest prawnie niedopuszczalne, z ww powodów. Tymczasem zgodność oferty z treścią SIWZ bada się już na dzień jej złożenia.

Treść oferty Konsorcjum Sages jest także niezgodna z treścią SIWZ w zakresie procedury weryfikacji, w tym z pkt. 2.15, 2.16., 2.17 oraz 2.2.6 tabeli zawartej w Arkuszu Informacji Technicznej oraz Procedurze weryfikacji, oraz wyjaśnieniami treści SIWZ z 17 maja 2019 r., co powinno skutkować jej odrzuceniem. Konsorcjum Sages, składając stosowne zapewnienia co do akceptacji treści SIWZ (pkt 1 formularza ofertowego w zw. z ww.

powołanymi postanowieniami SIWZ, w tym pkt 2 Zał. Nr 13 do SIWZ wymagającym posiadania odpowiednich licencji) oraz warunków Umowy (pkt 2 formularza ofertowego w szczególności w zw. z § 7 wzoru umowy w odniesieniu do Praw własności intelektualnej), prezentując system wykorzystujący dane Scopus bez odpowiedniego prawa oraz w sposób wskazany wyżej, wprowadził także Zamawiającego w błąd co do zgodności z prawem wykorzystania próbki systemu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Zmawiający zapewne, chcąc działać zgodnie z prawem, i nie dopuściłby do prezentacji systemu, gdyby posiadał wiedzę, że narusza to prawa własności intelektualnej podmiotu trzeciego. Nie powinien także dopuścić do prezentowania tych funkcjonalności na działających produkcyjnie systemach bez zaistnienia stosownych przesłanek.| To z kolei skutkowałoby odrzuceniem oferty Konsorcjum Sages. Treść wyjaśnień z 20.8.2019 r. złożonych w zakresie oferty Konsorcjum Sages, potwierdza wprowadzenie Zamawiającego w błąd w ww. zakresie. Wykonawca ten podlega zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, bowiem skutek ten powinien nastąpić nawet przy najlżejszym stopniu winy, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Konsorcjum Sages, jako podmiot profesjonalny działający na rynku i ubiegający się o tak skomplikowane zamówienie jak objęte obecnym Postępowaniem, powinien być świadomy konieczności respektowania praw autorskich podmiotów trzecich w ramach swojej komercyjnej działalności. Zachowanie Konsorcjum Sages nie zasługuje na ochronę prawną. Udzielanie i wykonanie zamówień publicznych nie może się odbywać z naruszeniem prawa, a konkurencja między wykonawcami powinna być uczciwa (art. 7 ust. 1 Pzp).

Posłużenie się i wykorzystanie w ofercie (w tym przypadku próbka systemu stanowi część oferty) API Scopus, które stanowi własność Odwołującego, bez stosownej licencji, stanowiąc naruszenie praw autorskich Elsevier, jako takie powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub napusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działania Konsorcjum Sages spełniają każdą z wyżej wskazanych przesłanek. Po pierwsze, przez naruszenie zakresu umowy o korzystanie z narzędzi deweloperskich Konsorcjum Sages naruszyło dobre obyczaje w profesjonalnym obrocie informatycznym. Polityki korzystania z API są istotnym elementem międzynarodowej kultury tworzenia oprogramowania. Wykorzystanie przez Konsorcjum Sages narzędzi dostępnych dla programistów w celach niekomercyjnych, na własną korzyść biznesową jest sprzeczne z tymi dobrymi obyczajami i godzi w słuszny interes Odwołującego. Po drugie, jak wykazano powyżej, naruszono bezwzględnie obowiązujące prawa chroniące wyłączne prawa majątkowe do baz danych Scopus lub utworów dostępnych za jej pomocą. Po trzecie działania konsorcjum Sages o charakterze komercyjnym stanowią zagrożenie dla uzasadnionego interesu Elsevier, gdyż prowadzą do możliwości zbudowania własności intelektualnej wykonawcy Sages w oparciu o nieautoryzowane wykorzystanie utworów objętych wyłącznymi prawami Elsevier.

W konsekwencji oferta Konsorcjum Sages jest nieważna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 58 § 1-2 KC. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest bowiem nieważna. Jednocześnie w opisanym stanie faktycznym przepisy nie przewidują innego skutku prawnego. Ponadto nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, co ma zdaniem Odwołującego zastosowanie do oferty Konsorcjum Sages, jako czynności naruszającej dobre obyczaje.

II. Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej
a) Wykaz dostaw - doświadczenie wykonawcy

Zgodnie z pkt V. 1.2.3) a) SIWZ, Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykaże, że:

a) w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej 3 dostawy, w tym:

A. Co najmniej 2 dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, z których każda spełnia następujące kryteria:

- gromadzi, aktualizuje, integruje i przechowuje dane na temat działalności naukowej, w tym co najmniej: naukowców, dorobku naukowego i projektów badawczych; oraz

- umożliwia wyszukiwanie informacji na temat osiągnięć naukowych i potencjału badawczego oraz analizę dartych i przygotowanie raportów; oraz

- gromadzi metadane i ich elementy pochodzące z różnych systemów informatycznych i repozytoriów publikacji lub danych badawczych oraz systemów opisujących poszczególne aspekty środowiska badawczego na poziomie instytucji

i ogólnokrajowym; oraz

- posiada silnik wyszukiwawczy pozwalający na wykorzystanie takich właściwości kartotek haseł wzorcowych jak odsyłacze, synonimy, terminy.

Oraz

B. Co najmniej 1 dostawę z wdrożeniem 1 dowolnego systemu rozproszonego (przez „system rozproszony" Zamawiający rozumie system, którego poszczególne elementy (serwery) znajdują się w lokalizacjach fizycznie od siebie oddalonych. Serwery są wyposażone w oprogramowanie umożliwiające współdzielenie zasobów, komunikują się przy wykorzystaniu sieci komputerowej, są postrzegane przez użytkowników jako pojedynczy i zintegrowany system).

UWAGA: Zamawiający dopuszcza przedstawienie tylko dwóch dostaw, jeżeli co najmniej jedna z nich spełnia łącznie wszystkie wymagania określone w lit. A. i B., tj. dotyczy licencji wraz z wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym (lit A) oraz dowolnego systemu rozproszonego (fil B).

Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający żądał, zgodnie z pkt VI 1.5.8 SIWZ (i sekcji III 1.2) ppkt 8 ogłoszenia o zamówieniu), Wykazu dostaw wykonanych, a w wypadku świadczeń okresowych łub ciągłych również wykonywanych. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencie bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nada! wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

Identycznie, na wymóg wykonania dostaw w ostatnich 3 latach przed terminem składania ofert, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywania, wskazuje Zał. nr 10 do SIWZ, określający wzór Wykazu dostaw. Ponadto, w ostatniej kolumnie wykazu wskazuje się „Podmioty, na rzecz których dostawy zostały wykonane". Sekcja C.1.b) formularza JEDZ także odnosi się do zrealizowanych dostaw.

Konsorcjum Sages w dniu 27 maja 2019 r. złożyło wraz z ofertą formularze JEDZ (dla każdego z konsorcjantów), a następnie - na wezwanie Zamawiającego - wspólny wykaz dostaw z 5 sierpnia 2019 r. - z których wynika, że na dzień składania ofert żaden z projektów nie spełnia postanowionego warunku udziału w postępowaniu.

W wykazie dostaw Konsorcjum Sages wskazało:

A1. - dostawa PW na rzecz Uniwersytetu Gdańskiego - nie jest to system rozproszony. Ponadto z przedstawionej referencji z dnia 11.4.2019 r. wynika - mimo zacytowania warunku - że wykonane prace obejmowały przede wszystkim rozszerzenie funkcjonalności systemu i rozwój oprogramowania pod kątem wymagań RODO. Nie można zatem uznać w ocenie

Odwołującego, że w wymaganym okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Konsorcjum Sages wykonał dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu spełniającym wszystkie opisane w warunku kryteria (gromadzi, aktualizuje, integruje i przechowuje dane na temat działalności naukowej, w tym co najmniej: naukowców, dorobku naukowego i projektów badawczych; oraz umożliwia wyszukiwanie informacji na temat osiągnięć naukowych i potencjału badawczego oraz analizę danych i przygotowanie raportów; oraz gromadzi metadane i ich elementy pochodzące z różnych systemów informatycznych i repozytoriów publikacji lub danych badawczych oraz systemów opisujących poszczególne aspekty środowiska badawczego na poziomie instytucji i ogólnokrajowym; oraz posiada silnik wyszukiwawczy pozwalający na wykorzystanie takich właściwości kartotek haseł wzorcowych jak odsyłacze, synonimy, terminy) ponieważ - jak wynika z referencji - w wymaganym okresie wykonano jedynie rozszerzenie funkcjonalności systemu. Zatem projekt ten nie wypełnia warunku doświadczenia, a ponadto w ocenie Odwołującego Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, który w JEDZ oświadczył, iż dostarczył licencję i wdrożenie systemu na Uniwersytecie Gdańskim, spełniając ww. warunek. Zaistniała zatem podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 Pzp.

A2. - dostawa PW na rzecz Politechniki Białostockiej - nie jest to system rozproszony. Ponadto z przedstawionej referencji z dnia 11.4.2019 r. wynika - mimo zacytowania warunku

- że wykonane prace obejmowały przede wszystkim rozwój funkcjonalności importu danych (wraz z deduplikacją) w oprogramowaniu, wraz z wdrożeniem. Nie można zatem uznać, w ocenie Odwołującego, że w wymaganym okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Konsorcjum Sages wykonało dostawy licencji wraz z Wdrożeniem systemu spełniającym wszystkie opisane w warunku kryteria, ponieważ - jak wynika z referencji - w wymaganym okresie wykonano jedynie rozwój funkcjonalności systemu. Zatem projekt ten nie wypełnia warunku doświadczenia, a ponadto Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, który w JEDZ oświadczył, iż dostarczył licencję i wdrożenie systemu na Politechnice Białostockiej, spełniając ww. warunek. Zaistniała zatem zdaniem Odwołującego podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art.24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy.

A3. - dostawa PW na rzecz Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu - nie jest to system rozproszony. Wskazane zostały dwie umowy. Z przedstawionej referencji z dnia 11.4.2019 r. wynika z jednej strony zacytowanie warunku w obecnym Postępowaniu, z drugiej jednak strony opis prac wskazuje, że przedmiotem umowy był jedynie rozwój funkcjonalności min. eksport i import danych w formacie ALEPH. Potwierdza to także treść JEDZ PW na str. 13. Druga umowa także obejmuje jedynie wdrożenie nowych funkcjonalności analitycznych a nie systemu, a ponadto w referencji brak jest potwierdzenia należytego jej wykonania z uwagi na realizację w toku. Zatem projekt ten w ocenie Odwołującego nie wypełnia warunku doświadczenia, a ponadto w błąd przez wykonawcę, który w wykazie dostaw wdrożenie systemu na Uniwersytecie Przyrodniczym we Wrocławiu, spełniając warunek. Zaistniała zatem zdaniem Odwołującego podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy.

A4. - dostawa PW na rzecz SGGW - nie jest to system rozproszony. Ponadto z przedstawionej referencji z dnia 2.8|2019 r., wykazu dostaw oraz JEDZ wynika, że projekt jest w toku realizacji (przy czym terminy wskazane w oświadczeniach wykonawcy i referencji różnią się, odpowiednio 31.8.2019 r. oraz koniec września 2019 r.). Ponadto - mimo zacytowania warunku - z referencji wynika, że wykonywane prace obejmują przede wszystkim rozwój funkcjonalności importu danych (wraz z deduplikacją) w oprogramowaniu, z wdrożeniem. Nie można zatem uznać, że w wymaganym okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert Konsorcjum Sages wykonał dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu spełniającym wszystkie opisane w warunku kryteria, ponieważ - jak wynika z referencji - w wymaganym okresie wykonuje się jedynie rozszerzenie funkcjonalności systemu, a prace są realizowane (nie będąc przy tym świadczeniem ciągłym lub okresowym). Projekt ten w ocenie Odwołującego nie wypełnia warunku doświadczenia, a ponadto Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, który w JEDZ oświadczył, że dostarczył licencję i wdrożenie systemu w SGGW, spełniając warunek. Zaistniała zatem podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 Pzp.

A5 - dostawa PW na rzecz UKSW - nie jest to system rozproszony. Ponadto Konsorcjum Sages nie przedstawiło referencji a jedynie własne oświadczenie, nie wykazując w żaden sposób zaistnienia uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, dla której wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane (co narusza § 2 just 4 pkt 2 Rozporządzenia oraz pkt VII.5.8 SIWZ). Co więcej, dostawa jest w toku realizacji, nie będąc przy tym świadczeniem ciągłym lub okresowym. Projekt ten w ocenie Odwołującego nie wypełnia warunku doświadczenia, a ponadto Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, który w JEDZ oświadczył o spełnieniu warunku i że jest w stanie dostarczyć wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku. Zaistniała zatem podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy.

B1 - dostawa Sages na rzecz Uniwersytetu w Poznaniu - wg oświadczenia wykonawcy jest to system rozproszony. Jednakże projekt ten rozpoczął się niedługo przed terminem składania ofert w Postępowaniu i jest w toku (przy czym z referencji i wykazu dostaw wynika, że projekt rozpoczął się 10.4.2019 r., natomiast z JEDZ, że 20.3.2019 r.), nie będąc przy tym świadczeniem ciągłym lub okresowym. Z referencji z 29.4.2019 r. wynika też, że „w chwili obecnej została dokonana instalacja i konfiguracja oprogramowania. Trwają prace mające na celu migrację danych oraz integracje z innymi systemami uczelnianymi". Wykonawca posłużył się zatem projektem, w którym nie wykonano jeszcze podstawowego i kluczowego zakresu dla projektów tego typu, jakim jest migracja danych i integracja z innymi systemami. Porównawczo Odwołujący wskazał, że wg wzoru umowy (§1 ust. 2 pkt 11) Wdrożenie systemu obejmuje m.in. Wprowadzenie danych do Systemu (tj. migrację danych z baz danych i systemów informatycznych Zamawiającego do Systemu niezbędnych do Uruchomienia Systemu i Utrzymania jego działania - §1 ust. 2 pkt 9) oraz Integracje Systemu (tj. możliwość wymiany danych pomiędzy Systemem, a systemami informatycznymi i oprogramowaniem Lidera Projektu i Partnerów Projektu, niezbędną do Uruchomienia i Utrzymania Systemu- § 1 ust. 2 pkt 10). Bez tych elementów niemożliwe jest uruchomienie systemu tego typu oraz nie można mówić o jakimkolwiek wdrożeniu. Zatem projekt ten nie

wypełnia warunku doświadczenia, a ponadto Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę co do spełnienia warunku. Zaistniała zatem podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy.

B2 - dostawa Sages na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - wg oświadczenia wykonawcy jest to system rozproszony. Jednakże projekt ten rozpoczął się niedługo przed terminem składania ofert w Postępowaniu i jest w toku (od 20.3.2019 r.), nie będąc przy tym świadczeniem ciągłym lub okresowym. Z referencji z 29.4.2019 r. wynika też, że „w chwili obecnej została dokonana instalacja i konfiguracja oprogramowania. Trwają prace mające na celu migrację danych oraz integracje z innymi systemami uczelnianymi". Podobnie jak pod nr B.1, wykonawca posłużył się tu projektem niewdrożonym, niespełniającym warunku doświadczenia, a ponadto Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę co do spełnienia warunku. Zaistniała zatem podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy.

B3. - dostawa PW na rzecz ,, subskrybentów Oprogramowania Omega-PSIR" - wg oświadczenia wykonawcy jest to system rozproszony. Jednakże w JEDZ wykonawca wskazał tylko ogólnikowo jako odbiorcę niezidentyfikowaną rzeszę „subskrybentów Oprogramowania Omega-PSIR", co nie spełnia warunku udziału. Co więcej, projekt ten jest w toku (od 09.4.2019r.) nie będąc przy tym świadczeniem ciągłym lub okresowym. Wykonawca przedstawił na potwierdzenie własne oświadczenie o realizacji programu, co narusza § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia oraz pkt VII.5.8 SIWZ. Dołączył też oświadczenie Uniwersytetu Opolskiego z 2.8.2019 r., z którego trudno wywnioskować, czy dotyczy tego projektu i jaki zakres został zrealizowany na termin składania ofert (przy czym z przedstawionych dokumentów można wyinterpretować, że został dopiero przyjęty do realizacji). Konsorcjum Sages zatem i w tym wypadku posłużyło się projektem niewdrożonym, niespełniającym warunku doświadczenia, a ponadto Zmawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę co do spełnienia warunku. Zaistniała zatem podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 ustawy.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do kwestii braku możliwości uwzględnienia realizacji projektów w toku, w kolumnie „Daty wykonania" w wykazie dostaw Konsorcjum Sages wskazało wielokrotnie jako termin realizacji datę późniejszą niż 27 maja 2019 r. (termin składania ofert) lub „praca w toku". Na przykład, wszystkie trzy projekty wskazane jako rozproszone rozpoczęły się pod koniec marca 2019 r. lub w kwietniu 2019 r., a więc na dzień składania ofert musiały być na wstępnym etapie realizacji (o czym wyżej).

Konsorcjum Sages wyraźnie i stanowczo w złożonym wykazie dostaw oświadczyło, że zawierać on może dostawy wykonywane tylko i wyłącznie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych. Taki wymóg jest zresztą narzucony brzmieniem § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia, którego treść determinuje zakres dopuszczalnego kształtu warunków udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem potwierdzenie doświadczenia może odbywać się także przez wskazanie dostaw wykonywanych (w toku) jedynie w odniesieniu do świadczeń okresowych lub ciągłych. Zamawiający nie ma w tym zakresie swobody i jest związany treścią Rozporządzenia w przedmiotowym zakresie. Powyższe wynika także z wielokrotnie powtarzanego w SIWZ wymogu co do dokumentów, wskazującego na ww. ograniczenie, co należy odczytywać łącznie z treścią samego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że ani przedmiot zamówienia, ani wymagane jako warunek doświadczenia dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym nie stanowią świadczenia okresowego lub ciągłego. Zwrócił uwagę na treść wzoru umowy (zał. nr 9 do SIWZ), zgodnie z którym System to całość lub dowolny element oprogramowania dostarczonego w ramach realizacji niniejszej Umowy, odpowiadający wymaganiom określonym w OPZ (§ 1 ust. 2 pkt 2), natomiast Wdrożenie Systemu to kompletna Instalacja, Konfiguracja, Integracja Systemu oraz Wprowadzenie danych do Systemu umożliwiające Uruchomienie Systemu i Utrzymanie Systemu zgodnie z OPZ (§ 1 ust. 2 pkt 11). Cywilistycznie dostawa tego typu posiada zatem charakter umowy o dzieło (art. 627 i nast. KC w zw. z art. 14 ust. 1 KC), co potwierdza wyraźnie także treść § 2 ust. 1 wzoru umowy Przedmiotem umowy jest wykonanie przez Wykonawcę dzieła w postaci dostawy licencji na System oraz Wdrożenie Systemu. Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia (art. 627 i nast. KC), a zatem świadczenie ma charakter zindywidualizowany i obejmuje z natury świadczenie jednorazowe, a nie ciągłe lub okresowe. „Świadczenie jest jednorazowe, jeżeli jego treść i rozmiar są oznaczone wyczerpująco wyłącznie przez wskazanie zachowania się dłużnika, do którego jest on obowiązany, bez odwoływania się do czynnika czasu, co jednak nie oznacza, że musi się ono zamknąć w jednym działaniu i w krótkim przedziale czasu, może ono obejmować bardzo złożony łańcuch działań i czynności prawnych, a jeśli przedmiot świadczenia jest podzielny, świadczenie może być spełniane częściowo i bez względu na czas trwania, doprowadza

do jednego wyniku osiąganego w oznaczonej chwili. Istotną cechą tak ukształtowanego świadczenia jest to, że rozmiar świadczenia jest od razu z góry określony i to bez odwołania się do elementu czasu, wobec czego skutek w postaci jego spełnienia może zostać osiągnięty jednorazowo" ("Prawo zobowiązań - część ogólna, System Prawa Prywatnego, tom 5., pod red. prof. dr hab. Ewy Łętowskiej, rok wyd. 2006, wyd. C.H. Beck, str. 198 i nast.". por. także wyrok KIO 2011-05-11, KIO 942/11. W. Czachórski Zobowiązania - Zarys wykładu, Warszawa 1994, rozdział III.).

W przypadku świadczenia ciągłego czas jest wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia, polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Jego cechą charakterystyczną jest to, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań się dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części świadczenia (np. ochrona budynku, świadczenia wynajmującego, wydzierżawiającego, dającego w użyczenie, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, zarządzającego, banku w umowie rachunku bankowego, wspólnika, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność).

Z kolei świadczenia okresowe (periodyczne, powrotne) polegają na stałym dawaniu przez czas trwania stosunku prawnego, w określonych regularnych odstępach czasu, pewnej ilości pieniędzy lub innych rzeczy zamiennych lub też usług (np. renty i świadczenia alimentacyjne, czynsze, odsetki od kapitału, wynagrodzenie w stosunku pracy, sprzątanie, zapewnienie codziennego wyżywienia). Ze względu na następstwo w czasie świadczenia okresowe mogą być podobne do świadczeń ratalnych, jednakże w przeciwieństwie do rat świadczenie okresowe jest samodzielnym świadczeniem, a nie częścią jednego większego świadczenia, którego wielkość została oznaczona bez udziału czynnika czasu. Samoistny charakter poszczególnego świadczenia okresowego nie oznacza jednak, że jest ono świadczeniem jednorazowym. Świadczenia okresowe są bowiem usytuowane względem siebie w swoistym układzie strukturalnym, wyznaczonym przez czynnik czasu. Obowiązek spełniania powtarzających się świadczeń jest rozłożony w czasie i istnieje przez okres trwania stosunku zobowiązaniowego. To z kolei sprawia, że ostateczny rozmiar świadczeń otrzymanych przez wierzyciela zależy od długości okresu, częstotliwości spełniania świadczeń w tym okresie oraz wysokości poszczególnych świadczeń. Zgodnie z wyrokiem KIO z 2011-05-11, KIO 942/11, w przypadku zamówień publicznych definicja świadczenia okresowego powinna być rozpatrywana raczej podobnie do "dostaw i usług powtarzających się okresowo" i usługi / dostawy powtarzające się stale, lecz z przerwami (np. 3 godziny dziennie od poniedziałku do piątku), należałoby nadal nazywać okresowymi, a trwające nieprzerwanie - ciągłymi. Odwołujący podał, że cechą wyróżniającą świadczenie jednorazowe jest osiągnięcie pewnego efektu, nawet jeśli przyjęty sposób wykonania, czy to wynikający z procesu technologicznego, czy woli stron umowy, wymaga długotrwałego zaangażowania dłużnika (Por. także np. wyrok KIO z 2015-09-17, KIO 1933/15, wyrok KIO z 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1083/10, sygn. akt: KIO 1085/10).

Wdrożenie systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym jest w stanowisku Odwołującego niewątpliwie świadczeniem jednorazowym i polega na osiągnięciu skutku w postaci instalacji, konfiguracji, integracji systemu oraz wprowadzeniu danych do systemu umożliwiających jego uruchomienie i użytkowanie. Dopiero wtedy można mówić o wdrożeniu systemu. Tymczasem Konsorcjum Sages nie wykazało żadnego doświadczenia w wymaganym 3 - letnim okresie w ani jednym projekcie polegającym na wdrożeniu systemu, w tym systemu rozproszonego, co stanowiło warunek udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Sages w celu uzyskania zamówienia przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa, biorąc pod uwagę podwyższony miernik należytej staranności, jakiego można i należy wymagać od profesjonalistów w stosunkach danego rodzaju. Konsorcjum Sages oświadczało, iż podawane informacje są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy podawaniu informacji. Zachodzi więc podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a także z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. zdaniem Odwołującego nnieprawdziwe informacje na temat okoliczności determinujących udział w postępowaniu w tym przypadku istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, w konsekwencji doprowadzając do nieuprawnionego wyboru oferty Konsorcjum Sages jako najkorzystniejszej. Zaistniały zatem podstawy do wykluczenia z Postępowania, bez uruchamiania dodatkowej procedury uzupełniającej czy wyjaśniającej.

Ewentualnie, z ostrożności, należy wskazać, że Zamawiający, mimo tak licznych wątpliwości i sprzeczności w dokumentach Konsorcjum Sages, nie zwrócił się do Konsorcjum Sages o wyjaśniania lub uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Zaniechał także zwrócenia się w trybie § 2 ust. 6 Rozporządzenia, bezpośrednio

do właściwego podmiotu, na rzecz którego projekty były wykonywane o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

b) Wykaz osób - doświadczenie personelu

Zgodnie z pkt V. 1.2.3) b) SIWZ, Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykaże, że:

b) dysponuje:

- kierownikiem projektu, odpowiedzialnym za nadzór merytoryczny i organizacyjny nad realizacją przedmiotu zamówienia ze strony Wykonawcy, kontrolę i koordynację pracy członków zespołu Wykonawcy, kontrolę formalną i merytoryczną opracowywanych dokumentów, kontakty z Zamawiającym, analizę ryzyka, prowadzenie dokumentacji oraz przygotowanie raportów, który posiada certyfikat kierownika projektu z uznanej metodyki zarządzania projektami, tj. PRINCE2, PMI lub inny certyfikat równoważny oraz wykonał co najmniej 2 usługi polegające na kierowaniu wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, spełniającym kryteria z lit A.

- co najmniej ośmioma specjalistami ds. wdrożenia, wyznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, odpowiedzialnymi za zaplanowanie i koordynację procesu wdrożenia systemu oraz przekazania systemu do użytkowania, z których każdy wykonał lub wykonuje co najmniej 1 usługę polegającą na wdrożeniu systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, spełniającym kryteria z lit A.

Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający żądał, zgodnie z pkt VI 1.5.9 SIWZ (i sekcji III. 1.2) ppkt 8 ogłoszenia o zamówieniu), Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (Zał. Nr 11 do SIWZ).

W Wyniku wezwania Zamawiającego, Konsorcjum Sages złożyło uzupełniony wykaz osób (Zał. Nr 11 do SIWZ), z którego jednak nie sposób ocenić czy ww. warunek został spełniony. W szczególności w odniesieniu do doświadczenia osób, wykonawcy bardzo ogólnikowo opisali osiągnięcia wskazanych osób, uniemożliwiając ocenę, które konkretnie projekty mają potwierdzać wymagane doświadczenie. Dotyczy to przede wszystkim osoby powołanej na funkcję Kierownika projektu (p. J.K.), co do której Konsorcjum Sages miało wykazać doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 usług polegających na kierowaniu wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem, z których każdy ma spełniać ściśle opisane w warunku kryteria. W kolumnie dotyczącej doświadczenia, jedynie ogólnikowo odniesiono się do doświadczenia Pana K. jako „kierownika projektu m.in. dla

AMU, U MED Łódź, Centrum Onkologii UG, Politechnika Śląska".

Nie wiadomo przy tym, o które konkretnie projekty chodzi, jaki był ich zakres oraz zakres udziału wskazanej osoby w danym projekcie. Zatem przedstawionym dokumentem w postaci Wykazu osób Konsorcjum Sages nie wykazało spełnienia ww. warunku mimo stosowych oświadczeń w tym zakresie poczynionych w JEDZ, a Zamawiający zaniechał odpowiedniej weryfikacji kluczowego aspektu, jakim jest zdolność techniczna i zawodowa. Zaszły zatem wskazane wyżej przesłanki wykluczenia z postępowania, ewentualnie podstawa do żądania uzupełnienia lub wyjaśnienia treści Wykazu osób.

III. Kryterium doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego

W Postępowaniu doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zakresie punktacji przyznanej Konsorcjum Sages za wykazanie doświadczenia Doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego o wadze 30 %. Zgodnie z pkt XIV.3 ppkt 2 SIWZ, za każde wdrożenie systemu typu CRIS przez wskazaną osobę Zamawiający przyznawał określoną liczbę punktów. Analiza treści SIWZ nie pozostawia wątpliwości, że punktacja należy się za dokonane wdrożenia, nie za projekty w toku realizacji (niewdrożone). Np. z pkt XIV.3 ppt 2 SIWZ wynika, że pokazując wdrożenie wskazane jako doświadczenie należy wskazać m.in. „instytucję, w której miało miejsce wdrożenie". Podobnie, w Wykazie doświadczenia zespołu wdrożeniowego (wzór - załącznik nr 6 do SIWZ) wielokrotnie wskazuje się na czas przeszły „(podać nazwę systemu i nazwę instytucji, w której dany system był wdrażany oraz informację czy było to wdrożenie rozproszone)". Jest to przy tym uzasadnione funkcjonalne i celowościowo, bowiem tylko udział w pełnej realizacji wdrożenia systemów przez

wskazanego kierownika projektu i głównych specjalistów, uzasadnia przyznanie dodatkowej punktacji.

Jak wynika z Wykazu doświadczenia zawodowego, dołączonego do oferty Konsorcjum Sages oraz Protokołu weryfikacji tego wykazu z 1.8.2019 r. (w aktach), wykonawcy Ci otrzymali punkty za doświadczenie w ramach co najmniej 14 projektów niewdrożonych (w toku realizacji), otrzymując co najmniej 34 punkty więcej niż jest to uzasadnione treścią SIWZ. Nastąpiło to z pokrzywdzeniem Odwołującego, który trzymając się litery SIWZ oraz PZP, wskazywał jedynie doświadczenie w projektach zrealizowanych, wynika to bowiem zarówno z literalnej treści SIWZ jak z faktu, że tylko w takim wypadku można mówić o „wdrożeniu systemu". W świetle art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie może więc odstąpić od kryteriów opisanych w SIWZ i stosować innej miary i wymagań w stosunku do punktowanych okoliczności. W związku z tym konieczne jest obniżenie przyznanej Konsorcjum Sages punktacji.

Wyrokiem z dnia 22 lipca 2019 r. (sygn. akt. KIO 1280/19), Izba nakazała przyznanie dodatkowej punktacji Konsorcjum Sages w kryterium doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego, jednakże ww. poprzednia sprawa odwoławcza dotyczyła odwołania wniesionego przez innego odwołującego (tj. przez Konsorcjum Sages) oraz dotyczyła całkowicie innych okoliczności (a mianowicie, wyłącznie oceny 4 wdrożeń pod kątem definicji pojęcia „system rozproszony', za które przyznawana była inna ilość punktów). Ocena dokonana przez Izbę w sprawie KIO 1280/19 była ograniczona do zakresu odwołania Konsorcjum Sages i żadnych innych - poza ww. wskazanych kwestii prawnych ani faktycznych - nie dotyczyła. Obecny Odwołujący nie miał jeszcze możliwości obrony swoich uzasadnionych interesów przez weryfikację przez Izbę dostrzeżonych przez Odwołującego bezprawnych czynności lub zaniechań Zamawiającego (tj. realizacji swojego prawa do sądu), bowiem (i) poprzednia sprawa odwoławcza była ograniczona zakresem zarzutów określonych przez Konsorcjum Sages (działającym, co oczywiste tylko we własnym interesie i formułującym tylko korzystne dla siebie zarzuty), a nadto (ii) oferta Odwołującego była na tamtym etapie wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem Odwołujący nie miał żadnego interesu w kwestionowaniu swojego wyboru (dowód: akta odwoławcze sprawy o sygn. akt. KIO 1280/19).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 września 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 22 września 2019 roku.

Zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 22 sierpnia 2019 roku Zamawiający dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu, a następnie zbadał czy wykonawca, którego wybrał w postępowaniu spełnia warunki udziału w postępowaniu. Czynność Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2019 roku dotyczy ofert złożonych w postępowaniu. Zgodnie z wyrokiem z dnia 22 lipca 2019 roku Izba nakazała dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu. W ocenie Izby mając na uwadze przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wcześniejszego postępowania odwoławczego Izba poddała pod rozpoznanie w trakcie rozprawy wszystkie zarzuty odwołania. Czynność Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2019 roku stanowi nową czynność w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie uwzględniła wniosków uczestnika postępowania odwoławczego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 5 i 6 odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz zarzutu 8 odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, bowiem ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania.

Izba nie uwzględniła również wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu 1- 4 na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy, bowiem ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania.

Zaznaczenia wymaga również, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 7 a) w zakresie „Wykazu dostaw - doświadczenia wykonawcy" odwołania oraz uwzględnił zarzut nr 8 odwołania. Uczestnik postępowania odwoławczego na posiedzeniu z udziałem stron wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Należy również dodać w tym miejscu, że badanie przesłanek dla skutecznego wniesienia odwołania dokonywane jest w odniesieniu do odwołania, jako środka ochrony prawnej.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego

twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 16 września 2019 roku Odpowiedź na odwołanie, jak również stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 16 września 2019 roku Pismo procesowe przystępującego. Izba uwzględniła również stanowisko Odwołującego zaprezentowane w piśmie z dnia 17 września 2019 roku - Załącznik do protokołu rozprawy KIO 1713/19 - stanowisko Odwołującego, Elsevier B.V..

Izba uwzględniła również stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - Umowa licencyjna oprogramowania Omega-Psir z dnia 21 kwietnia

2017 roku oraz Umowa dotycząca prac wspomagających wdrożenie Repozytorium z wykorzystaniem oprogramowania Omega-Psir z dnia 8 października 2018 roku,

- dowód nr 2 - polityka firmy Clarivate analytics dostępu do bazy WoS (fragment w języku angielskim wraz z tłumaczeniem),

- dowód nr 3 - warunki korzystania z produktu PubMed (fragment

w języku angielskim wraz z tłumaczeniem),

- dowód nr 4 - Umowa Subskrypcji Elsevier z 10 kwietnia 2019 roku (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem),

- dowód nr 5 - Umowa licencyjną dotycząca dostarczania i wykorzystywania danych oraz artykułów pełno tekstowych z dnia 21 grudnia 2017 roku (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem),

- dowód nr 6 - wydruki ze strony Elsevier fragmentów polityk firmy Elsevier (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem),

- dowód nr 7 - oświadczenie z 10 września 2019 roku pana T.P. i pana K.S.,

- dowód nr 8 - Opinia prawna adwokata holenderskiego A. P. M. (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem),
dowód nr 9 - Umowa nr ZP/616/U/19 dotycząca wdrożenia Bazy wiedzy Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu z wykorzystaniem oprogramowania Omega-Psir z dnia 10 kwietnia 2019 roku.

Izba dopuściła dowody złożone i zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego przy piśmie z dnia 16 września 2019 roku oraz na rozprawie:

- dowód nr 10 - wyjaśnienia dotyczące przygotowania i przebiegu pokazu systemu Omega - Psir w Uniwersytecie Medycznym we Wrocławiu,

- dowód nr 11 - stanowisko ICM na temat legalności zademonstrowania możliwości oprogramowania Omega-Psir w zakresie komunikacji z bazą Scopus w świetle Umowy Krajowej (Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego Uniwersytetu Warszawskiego) ,

- dowód nr 12 - Opinia prawna prof. dr hab. J. B. z dnia 12 września 2019 roku,

- dowód nr 13 - informacje o osobach biorących udział w prezentacji próbki u Zamawiającego oraz informacje o ich zatrudnieniu w Politechnice Warszawskiej,

- dowód nr 14 - dokumenty potwierdzające wykonanie przez uczestnika postępowania odwoławczego dostaw licencji i wdrożeń systemu zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ,

- dowód nr 15 - Umowa subskrypcji aktualizacji oprogramowania Omega-Psir Plan standardowy z dnia 9 czerwca 2019 roku, oraz Umowa dotycząca prac wspomagających rozbudowę oprogramowania Omega-Psir na Uniwersytecie Przyrodniczym we Wrocławiu,

- dowód nr 16 - zrzuty z ekranów z funkcjonujących systemów wdrożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego spełniających wymagania warunku udziału w postępowaniu: baza wiedzy SGGW w Warszawie, UKSW w Warszawie, baza wiedzy Uniwersytetu im. A. Mickiewicza, Uniwersytet Medyczny w Łodzi,

- dowód nr 17 - opracowanie własne - czynności wykonywane podczas standardowego wdrożenia systemu Omega-Psir, obejmujące dostawę licencji oraz wdrożenie systemu zgodnie z wymaganiami SIWZ w postępowaniu; Zakres czynności wykonywanych w poszczególnych projektach referencyjnych, na które powołuje się uczestnik postępowania odwoławczego,

- dowód nr 18 - zrzuty z ekranów z systemu euroCRIS,

- dowód nr 19 - Protokół odbioru z SGGW w Warszawie z 6 czerwca 2019 roku.

VI.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania:

W odniesieniu do zarzutów 1 - 4 odwołania Izba ustaliła, uwzględniając w tym zakresie zgodne stanowiska Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego, że uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie prezentacji próbki oferowanego Zamawiającemu systemu korzystał z klucza API do bazy Scopus, oraz prezentacja oferowanego systemu prowadzona była trybie online, czyli dane z bazy Scopus były pobierane na żywo, w czasie rzeczywistym. Zarzuty odwołania podnoszone przez Odwołującego w żadnym zakresie nie odnoszą się do funkcjonalności oferowanego systemu.

W ocenie Izby niezasadnym był wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w części w odniesieniu do zarzutu 1 - 4. Podkreślenia wymaga, że czynność Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2019 roku stanowi nową czynność w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z przebiegu postępowania wynika, że Odwołujący w dniu 4 czerwca 2019 roku otrzymał treść oferty od Zamawiającego, a w dniu 4 lipca 2019 roku otrzymał „Protokół z weryfikacji funkcjonalności systemu zadeklarowanych przez wykonawcę Sages", jednakże w ocenie Izby sama fakt przekazania tych dokumentów uczestnikowi postępowania odwoławczego nie stanowił podstawy do wniesienia odwołania. Podkreślić należy, że Odwołujący nie kwestionuje zaoferowanych funkcjonalności systemu. Również wynik postępowania z dnia 27 czerwca 2019 roku, zgodnie z którym oferta Odwołującego była najkorzystniejsza, w ocenie Izby nie pozwalał na skuteczne kwestionowanie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, oceny oferty wykonawcy, którego oferta nie została wybrana. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy dla skutecznego wniesienia odwołania niezbędne jest wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes w uzyskaniu zamówienia wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, że szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie szkody przez wnoszącego odwołanie.

Tym samym w ocenie Izby, Odwołujący w obecnie prowadzonym postępowaniu odwoławczym, którego oferta w 27 czerwca 2019 roku została wybrana jako

najkorzystniejsza, nie był w stanie w ówczesnym momencie wykazać spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy. Oferta jego została wybrana jako najkorzystniejsza. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja procedury odwoławczej pozwala każdemu z wykonawców na podjęcie czynności mających na celu ochronę jego własnego interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyby naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego powodowały po stronie tego wykonawcy poniesienie szkody. Zgodnie z wyrokiem z dnia 22 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1280/19 Izba w pkt 2 sentencji wskazała „(.) nakazuję dokonanie ponownego badania i oceny ofert (.)" - tym samym Zamawiający w czynności z dnia 22 września 2019 roku dał wyraz wykonanym przez siebie czynnością. Wybór oferty uczestnika postępowania odwoławczego jako najkorzystniejszej, pierwszy raz w ramach przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, pozwala Odwołującemu na skuteczne w ramach przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy złożenie odwołania.

Ad 1)

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (zarzut 1) w związku z przeprowadzeniem prezentacji próbki z wykorzystaniem „wcześniej przygotowanych danych" Izba uznała zarzut za niezasadny z uwagi na to, że do prezentacji próbki systemu oraz funkcjonalności tego systemu doszło zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, co też przyznał sam Odwołujący w trakcie rozprawy. Prezentacja próbki oferowanego systemu nie była prowadzona z uwzględnieniem wyłączenia określonego w odpowiedzi na pytanie nr 19 dnia 17 maja 2019 roku. Prezentacja próbki oferowanego systemu przez uczestnika postępowania odwoławczego nastąpiła zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz zgodnie z warunkami procedury weryfikacji przedstawiając poszczególne funkcjonalności oferowanego sytemu w czasie rzeczywistym (on-line), bez kopiowania wcześniej jakichkolwiek danych z bazy Scopus. Podkreślić należy, że w trakcie rozprawy w dniu 20 września 20919 roku Odwołujący sam przyznał, że klucze API do prezentacji zostały użyte, jednakże dla porządku wyjaśnia, że nie zauważył tego na wstępnie ponieważ połączenie z komputera o określonym IP z Uniwersytetu Wrocławskiego nastąpiło do PW, a dopiero z PW połączono się przy użyciu klucza API z bazą Scopus. Dodatkowo Izba zaznacza w tym miejscu, że wbrew twierdzeniom Odwołującego wskazane na str. 5 pisma z dnia 20 sierpnia 2019 roku uczestnika postępowania odwoławczego do Zamawiającego, jak również w punkcie 45 pisma z dnia 16 września 2019 roku pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego odniesienie do „oddania do pokazu kopii systemu zrealizowanego i działającego w Politechnice" odnosi się właśnie do tego systemu, a nie jak starał się wywieś Odwołujący do kopii danych pobranych z bazy Scopus. W obliczu powyższego bezprzedmiotowy dla rozpoznania tego zarzutu staje się dowód nr 4, który została zawnioskowany na okoliczność wykazania, że umowa subskrypcyjna nie uprawnia Politechniki Warszawskiej do zwielokrotnienia bazy i danych (utworów) jak również stanowisko zawarte w Opinii prawnej z 13 września 2019 roku złożonej przez Odwołującego (dowód nr 8), przy czym Izba zaznacza w tym miejscu, że opinia ta traktowana jest w postępowaniu jako pisemne stanowisko Odwołującego. W związku z powyższym bez znaczenia dla rozpoznania tej sprawy stają się dowody przedstawione na okoliczność wykazania powyższych okoliczności - odnoszących do kopiowania bazy - tj.: dowód nr 2 i 3.

Mając na uwadze powyższe, w tym zakresie uzasadnienia przedmiotowego zarzutu, za niezasadną należy uznać wszelką argumentację Odwołującego odnoszącą się do naruszenia przepisów wskazanych w zarzutach 2-4 odwołania, bowiem prezentacja próbki ofertowanego systemu nastąpiła w czasie rzeczywistym, co powoduje, że nie zaistniała okoliczność związana z pobraniem danych z bazy Scopus i zapisaniem ich kopii.

W odniesieniu do zarzutów 1 - 4 odwołania z uwagi na wykorzystanie klucza API i oprogramowania API w trakcie prezentacji oferowanego systemu przez uczestnika postępowania odwoławczego - Izba zarzuty 1- 4 uznała za niezasadne.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy wskazać należy, że oferta podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Badanie zgodności tych dokumentów dokonywane przez Zamawiającego oparte jest po pierwsze, na postanowieniach SIWZ, po drugie na treści oferty - w tym wypadku próbce oferowanego systemu, a ich ocena dokonywana jest w ramach przesłanki, której nie można interpretować rozszerzająco. Odwołujący nie kwestionował jakichkolwiek funkcjonalności oferowanego systemu, w tym: możliwości automatycznego importowania danych za pomocą gotowych interfejsów programistycznych aplikacji z zewnętrznych źródeł internetowych, co najmniej z: PubMed, Scopus, WoS, CrossRef (pkt 2.15), czy możliwości

prezentacji wskaźników bibliometrycznych dla rekordu metadoanowego publikacji i dla publikacji zdeponowanych w repozytorium, pozyskiwanych przez interfejs programowania aplikacji lub wprowadzanych ręcznie, co najmniej: Imapc Factor, CiteScore. Liczba cytowań publikacji na podstawie co najmniej jednego ze źródeł, tj. WoS CC lub Scopus, ze wskazaniem źródła, z którego zostały zaczerpnięte (pkt 2.16); czy możliwości prezentacji wskaźników biometrycznych odnoszących się do publikacji właściciela profilu, których met dane znajdują się na platformie co najmniej: sumaryczny IF, Sumaryczny CiteScore, liczba cytowań publikacji pracownika na podstawie co najmniej jednego ze źródeł, tj WoS CC lub Scopus, ze wskazaniem źródła, z którego zostały zaczerpnięte. Indeks Hrischa wyliczony na podstawie cytowań publikacji indeksowanych przez co najmniej jedno ze źródeł tj WoS CC lub Scopus, ze wskazaniem źródła, z którego zostały zaczerpnięte (pkt 2.17); jak również tego, że system musi umożliwiać automatyczne importowanie metadanych ze źródeł zewnętrznych, w tym systemów bibliograficznych Partnerów Projektu, baz WoS i Scopus, menadżerów bibliografii. Tym samym, treść złożonej oferty uczestnika postępowania odwoławczego odpowiadała wymaganiom SIWZ, a zaoferowany przez uczestnika postępowania odwoławczego system nie był kwestionowany w odniesieniu do jego funkcjonalności przez Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z SIWZ składający ofertę nie oferował dostępu do bazy Scopus w ramach złożenia oferty na system prezentujący i promujący osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy. Zgodnie z Procedurą weryfikacji funkcjonalności (załącznik nr 13 do SWIZ), do którego referował Odwołujący, na składającym ofertę ciążył jedynie obowiązek dostarczenia jednego egzemplarza nośnika z wersją testową /demonstracyjną systemu, a dostarczony system musiał posiadać wszelkie wymagane sterowniki/licencje i być gotowy do weryfikacji od razu po zainstalowaniu. W ocenie Izby nie wynika z tego postanowienia SIWZ nic ponad to, że oferowany system musi posiadać wymagane sterowniki / licencje. Nie wynika natomiast z tego postanowienia, aby wykonawca składający ofertę miał dostarczać Zamawiającemu jakiekolwiek inne licencje czy sterowniki, czyli np.: sterowniki czy licencje dla bazy Scopus.

Podkreślenia wymaga ponad wszelkie wątpliwości, że podstawą oceny oferty, co do jej treści, w danym postępowaniu są postanowienia SIWZ jakie ukształtował Zamawiający. Wymaga również zaznaczenia w tym miejscu, że zgodnie z wymaganiami SIWZ oferowany system miał umożliwiać automatyczne importowanie danych za pomocą gotowych interfejsów programistycznych aplikacji z zewnętrznych źródeł internetowych i wykorzystywanie ich do prezentowania rozmaitych wskaźników bibliometrycznych. Wymagania jakie ukształtował Zamawiający służyły możliwości zintegrowania oferowanego systemu z systemem, który Zamawiający posiada lub systemami zewnętrznymi. Zamawiający nie stawiał żadnych innych wymagań jak te dotyczące oferowanego systemu. Za nieuprawnione należy zatem uznać wywodzenie z postanowień SIWZ konieczności posiadania, składania Zamawiającemu jakichkolwiek innych licencji niż te dotyczące oferowanego systemu. Wymaganie od wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu jakichkolwiek innych sterowników / licencji niż odnoszące się do oferowanego systemu byłoby niezgodne z postanowieniami SIWZ i powodowało, że żądane byłoby od wykonawców „coś", co nie było określone dokumentacją postępowania. Zamawiający oświadczył w trakcie rozprawy, że w stosunku oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego systemu nie brakuje żadnej licencji, a Odwołujący stanowiska tego nie kwestionował. W SIWZ Zamawiający określił zewnętrzne źródła informacji, których dotyczyły wymagane systemem funkcjonalności odnoszące się do możliwości importowania danych z tych zewnętrznych źródeł informacji za pomocą gotowych interfejsów, jednakże w żadnym postanowieniu SIWZ nie przesądzono, że z tych źródeł Zamawiający na pewno będzie korzystał. Izba podkreśla, że stanowisko Odwołującego prezentowane w czasie rozprawy potwierdziło, że system oferowany przez uczestnika postępowania odwoławczego umożliwia korzystanie z bazy Scopus. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał w jaki sposób użycie kluczy API i oprogramowania API narusza art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, a co za tym idzie postanowienia SIWZ.

Za niewłaściwe Izba uznała przyjęcie przez Odwołującego, że wykorzystanie w prezentacji próbki oferowanego przez uczestnika postępowania odwoławczego systemu kluczy API i oprogramowania API - które, co należy podkreślić, w żaden sposób nie były ani żądane ani wymagane SIWZ - a w konsekwencji naruszenie majątkowych praw autorskich Odwołującego, a także naruszenie wyłącznego prawa do baz danych przysługującego Odwołującemu stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. W żaden sposób Odwołujący nie wykazał na czym owa niezgodność z treścią SIWZ miałaby polegać.

Izba wskazuje po pierwsze, że nie ma prawnej możliwości spełnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w przypadku, gdy przedmiot zamówienia odpowiada SIWZ - a tak jest w odniesieniu do wymagań funkcjonalnych w rozpoznawanym przypadku - i ambiwalentne dla oceny spełnienia tej przesłanki pozostają inne, nieokreślone i niewymagane w SIWZ regulacje, do których referuje Odwołujący.

Po drugie, w przypadku, gdyby doszło do naruszenia jakichkolwiek praw majątkowych autorskich Odwołującego lub prawa do baz danych w odniesieniu do bazy Scopus, to byłby on uprawniony do dochodzenia swoich praw w innym, dotyczącym tej materii postępowaniu sądowym.

Po trzecie, niezasadne jest stanowisko Odwołującego, że Zamawiający winien był uznać, że nie zaprezentowano wymaganych funkcjonalności odnoszących się do pkt 2.15, 2.16, 2.17, 2.26 wskazanych w Arkuszu Informacji Technicznej (załącznik na 3 do SIWZ) oraz w Procedurze weryfikacji (załącznik nr 13 do SIWZ) z uwagi naruszenia praw majątkowych autorskich Odwołującego oraz prawa do baz danych. Podkreślić należy, że Zamawiający chce nabyć system, który posiada określone funkcjonalności i takie wymagania określił w SIWZ, takie też funkcjonalności zostały w systemie oferowanym przewidziane i zaprezentowane w złożonej przez uczestnika postępowania odwoławczego próbce. Próbka została zaprezentowana, a oferowane jej funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego, przedstawiane w trakcie prezentacji nie zostały zakwestionowane. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie można uznać, że czegoś nie ma,

nie zaprezentowano, gdy w rzeczywistości takie funkcjonalności są i zaprezentowane zostały Zamawiającemu.

Ad 2)

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy (zarzut nr 2) przez zaniechanie odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego pomimo posłużenia się i wykorzystania w ofercie nieautoryzowanym dostępem do bazy danych Scopus, co stanowi naruszenie umowy łączącej Odwołującego z PW, naruszeniem majątkowych praw autorskich oraz naruszeniem wyłącznego prawa do dysponowania bazą danych Scopus przez Odwołującego stanowiąc tym samym czyn nieuczciwej konkurencji - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ustawy zwiera odesłanie do konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji określonego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku poz. 1010 ze zm, dalej „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji"), która to ustawa zawiera definicję legalną czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 stanowiąc, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Pojęcie „dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje.) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010).

Ugruntowane jest również stanowisko, że naruszenie któregoś z powyżej wskazanych systemów normatywnych - aby można było zakwalifikować dany czyn, dane działanie podmiotu jako czyn nieuczciwej konkurencji - musi mieć choćby potencjalny wpływ na interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tak więc aby można było zakwalifikować dane działania jako czyn nieuczciwej konkurencji musi to działanie łącznie spełniać dwie przesłanki: musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Stanowisko takie ugruntowane jest w orzecznictwie i doktrynie. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedne i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (.), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006).

Co istotne, i co należy podkreślić w tym miejscu, zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi być realne. Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1

pkt 3 ustawy są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą.

Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił zaistnienia takich okoliczności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 lutego 2018 roku sygn. akt VII AGa 184/18 czytamy: zatem obowiązek dowiedzenia okoliczności zarówno utrudniania przedsiębiorcy dostępu do rynku, a więc zachowania przykładowo określonego wZNKU, jak i nieuczciwego charakteru takiego utrudniania, spoczywa na powodzie (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2016 r., sygn. akt I CSK 651/15 i z dnia 16 stycznia 2015 r., sygn. akt . Ustalenie pobrania przez przedsiębiorcę opłat innych, niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży, a więc utrudniania dostępu do rynku, nie jest wystarczające do przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji, bo zachowanie to podlega ocenie w świetleZNKU i wymaga oceny, czy było to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a zatem było nieuczciwe. Utrudnianie dostępu do rynku obejmuje działania stwarzające przeszkody innym przedsiębiorcom w prowadzeniu działalności gospodarczej na konkretnym rynku zwiększając ich nakłady finansowe, a element nieuczciwości pojawia się wówczas, gdy opłaty marketingowe lub opłaty za inne usługi oferowane przez przedsiębiorcę nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistej wartości tych usług, nie służą realizacji konkretnego interesu dostawcy, a ich zastrzeżenie stanowi warunek zawarcia umowy sprzedaży (dostawy). Skutek utrudniania dostępu do rynku nie jest uzależniony od wielkości zysku lub straty dostawcy, a uzyskanie korzyści związane z zawarciem umowy nie wyklucza zastosowania

ZNKU. Pojęcie „dobrych obyczajów" bywa utożsamiane z zasadami współżycia społecznego z tym, że poza odwołaniem się do tradycyjnych norm etyczno-moralnych zawiera ono aspekt funkcjonalno-ekonomiczny, chodzi bowiem o normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej w zakresie sposobu realizacji działań konkurencyjnych.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w związku z ustawą z dnia 27 lipca 2001 roku o ochronie baz danych
Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie baz danych producentowi bazy danych przysługuje wyłączne i zbywalne prawo pobierania danych i wtórnego ich wykorzystania w całości lub w istotnej części, co do jakości lub ilości. Powyższa regulacja oznacza, że co do zasady wyłączona jest możliwość pobierania danych i ich wtórne wykorzystanie w całości lub w istotnej części, co do jakości lub ilości przez podmioty trzecie (Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 2 maja 2012 roku sygn. akt I ACa 105/12). W tym zakresie Odwołujący w zasadzie nie przedstawił żadnej argumentacji co do zakresu pobrania danych z bazy Scopus, co do jakości lub ilości pobranych danych przez uczestnika postępowania odwoławczego dokonanych w trakcie prezentacji próbki oferowanego systemu. Wymagania Zamawiającego jakie zostały opisane w załączniku nr 13 do SWIZ - „Procedura weryfikacji funkcjonalności systemu" w odniesieniu do prezentacji próbki oferowanego systemu zmaterializowały się w badaniu tej próbki przez wyszukanie w bazie Scopus konkretnego nazwiska autora i wymagano aby pokazane zostały publikacje tego autora (film z prezentacji próbki uczestnika postępowania odwoławczego nr 00024 od minuty 21:52, od minuty 22:40 prezentacja funkcjonalności dostępu do bazy Scopus - film z prezentacji próbki stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa). W trakcie rozprawy Zamawiający wskazał, że baza danych Scopus to około 70 milionów rekordów, czego Odwołujący nie kwestionowała w postępowaniu. Tym samym Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego wyrażonym w opinii prawnej z dnia 13 września 2019 roku (dowód nr 8), że „Konsorcjum Sages musiało wykorzystać istotną części bazy danych Scopus w trakcie demonstracji, ponieważ wyłącznie dostęp i pobranie dużej ilości dokumentów może prawidłowo zademonstrować, że rozwiązanie oferowane przez Konsorcjum Sages spełni wymagania zamówienia publicznego". Tak prezentowane stanowisko Odwołującego jednoznacznie wskazuje, że „istotną części bazy" definiuj on sam przez ilość pobranych rekordów. W wyżej wymienionym orzeczeniu Sądu Apelacyjnego wskazano, przesłankę ilościową należy odnosić do relacji zachodzącej między liczbą danych składających się na określoną część bazy danych a liczbą danych składających się na całą bazę. Z kolei przesłanka jakościowa jest nastawiona na badanie rozmiaru inwestycji związanej z uzyskaniem, weryfikacją i prezentacją tej zawartości, „wartości" danych (vide: J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., str. 118).

Tożsame znaczenie ww. pojęć nadano w ust. 3 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9

listopada 2004 r. o sygn. akt(opubl. ECR 2004/11A/I-10415). Wskazać należy, że

wedle stanowiska komentatorów ochrona sui generis bazy danych nie może rozciągać się na

wydzielone z bazy pojedyncze dane lub nawet na kilka danych, co może prowadzić do

stworzenia wyłącznego prawa do informacji, a nie do bazy danych (tak: J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., str. 113). Stosownie doart. 6 OchrBazDanychU, do naruszenia prawa

sui generis dochodzi dopiero wtedy, gdy przejęcie lub wtórne wykorzystanie obejmuje całość lub istotną część zawartości bazy danych.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał, że pobranie i wtórne wykorzystanie nastąpiło w istotnej części co do ilości bądź jakości bazy danych, tym samym należy uznać, że w rozpoznawanej sprawie to nie nastąpiło. Tym samym nie doszło do naruszenia regulacji art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie baz danych, a w konsekwencji nie naruszył Zamawiający art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego pomimo naruszeniem majątkowych praw autorskich.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Politechnika Warszawska. Podmioty te zawiązały tak zwane powszechnie „Konsorcjum". Istotą wspólnego ubiegania się o udzielnie zamówienia publicznego jest wspólne działanie podmiotów wchodzących w skład konsorcjum w celu uzyskania i realizacji zamówienia, osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Sąd Okręgowy w Koszalinie w wyroku z dnia 27 października 2017 roku sygn. akt VII Ca 343/17 ujął to następująco: Prawna natura konsorcjum przejawia się we wzajemnym zobowiązaniu podmiotów w nim uczestniczących do wspólnego dążenia do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego przez podejmowanie oznaczonych działań.(...) Istota konsorcjum zobowiązuje do określonego w nim uczestnictwa i do oznaczonego działania dla osiągnięcia celu, dla którego umowa zostaje zawarta. K. zobowiązują się do działań zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. Wspólność celu staje się nadrzędną cechą tego typu umowy (por. wyrok SA w Warszawie z 18 lutego 2009 r., VI ACa 1152/08, Legalis 739522).

Zaznaczyć należy, że nie każdy podmiot z wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać wszystkie wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uprawnienia, umiejętności, doświadczenie itd. Każdy z podmiotów wspólnie startujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może legitymować się innymi umiejętnościami, doświadczeniem, czy też w przyszłym zamówieniu odpowiadać za określony fragment realizacji zamówienia, do którego realizacji wymagane są np. określone uprawnienia czy też posiadanie odpowiednich praw. Dlatego właśnie wykonawcy decydują się na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, a suma ich umiejętności i doświadczeń pozwala na złożenie oferty. Izba zaznacza w tym miejscu, że doświadczenie jakie nabywa wykonawca w trakcie realizacji zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami może być przez niego wykazane w kolejnych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego jedynie w zakresie w jakim realnie je nabył (wyrok TSUE w sprawie Esaprojekt v. Województwo Łódzkie, C-387/14). Tym samym wykonawca ubiegający się o zamówienie wraz z innymi może w przyszłej realizacji zamówienia odpowiadać za jego cześć, tj. brać udział w realizacji części tego zamówienia, a w innej części nie uczestniczyć. Dlatego też na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego umiejętności, uprawnienia i inne wymagane do realizacji zamówienia mogą pochodzić tylko od jednego z podmiotów ubiegających się o wspólną realizację zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Politechnika Warszawska - ubiegając się wspólnie z Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - jest uprawnioną z Umowy Krajowej do korzystania z bazy Scopus oraz kluczy i oprogramowania API (dowód nr 4 - Umowa Subskrypcji Elsevier z dnia 10 kwietnia 2019 roku - jak również załączona do pisma uczestnika postępowania odwoławczego) co w trakcie rozprawy nie było kwestionowane przez żądną ze stron postępowania odwoławczego. Potwierdza taki stan rzeczy również pisemne stanowisko Odwołującego (opinia prawna - dowód nr 8). Zaznaczyć należy w tym miejscu, że uprawnionymi do korzystania z bazy Scopus, na podstawie wymienionej wyżej umowy jest większość instytucji naukowych w kraju, w tym i Politechnika Warszawski , ale również Zamawiający.

Argumentacja Odwołującego referująca do naruszenia majątkowych praw autorskich oparta jest na założeniu, że to „Konsorcjum Sages" naruszyło te prawa. W ocenie Izby założenie poczynione przez Odwołującego, oraz argumentacja oparta na tym założeniu, nie została w żaden sposób przez Odwołującego wykazana i choćby uprawdopodobniona. Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba wskazuje, że uczestnik postępowania wykazał, co potwierdził Zamawiający, że przy prezentacji próbki systemu Omega-PSIR, który jest własnością Politechniki Warszawskiej, udział brały jedynie osoby powiązane z Politechniką Warszawską co zostało wykazane przez uczestnika postępowania odwoławczego przedstawionymi złożonymi dokumentami (dowód nr 13), czyli podmiotu uprawnionego z Umowy Krajowej (dowód nr 4) respektującej inne zobowiązani Odwołującego (odwód nr 5).

Tym samym jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, posiadający odpowiednie i niezbędne uprawnienia (takie jak właśnie korzystanie z kluczy i oprogramowania API bazy Scopus) przyjął na siebie część wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia - prezentacja próbki oferowanego systemu. Odwołujący, mimo że całą argumentację opiera na tym, że „Konsorcjum Sages" naruszyło prawa nie wykazał, że wykonawca Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością dokonał jakichkolwiek czynności, które naruszałaby autorskie prawa majątkowe Odwołującego. Izba wskazuje, że przez samo wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w „Konsorcjum" nie dochodzi do naruszenia autorskich praw majątkowych Odwołującego. Niezbędne byłoby bowiem wykazanie, że wykonawca Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dokonał takich czynności, gdy tymczasem z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie żadnych czynności, działań w odniesieniu do bazy Scopus nie podejmowała. Podkreślić również należy, że właścicielem oferowanego systemu Omega-PSIR jest Politechnika Warszawska. Z przedstawionej przez uczestnika postępowania odwoławczego opinii prawnej z dnia 12 września 2019 (dowód nr 12), którą to opinię Izba traktuje w postępowaniu jako pisemne stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, jak również ze stanowiska ICM (dowód nr 11) wynika, że Politechnika Warszawska uprawniona jest do korzystania z API bazy Scopus. Izba ponownie w tym miejscu podkreśla, że argumentacja Odwołującego zasadza się na odniesieniu do „Konsorcjum Sages" i tak była przedstawiana przez Odwołującego w odwołaniu. W ocenie Izby „Konsorcjum Sages" nie wykorzystało narzędzi dostępnych dla programistów w celach komercyjnych, bowiem z kluczy API i oprogramowania API oraz bazy danych korzystał jeden z konsorcjantów, który posiada licencję na korzystanie z programu. Stanowisko ICM (dowód nr 11) wskazało również, że gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego - w odniesieniu do Politechniki Warszawskiej - to byłoby ono „sprzeczne z treścią i intencjami zawartej umowy krajowej". Ponownie należy podkreślić, co nie może być pomijane jak również nie jest obojętne dla tej sprawy, że uprawnionymi z Umowy Krajowej (dowód nr 4) jest zarówno Politechnika Warszawska jak również Zamawiający. Mając na uwadze treść zarzutu Odwołującego naruszenia wskazanych w tym zarzucie przepisów ustawy z uwagi na naruszenie umowy łączącej Odwołującego z Politechniką Warszawską, Izba wskazuje, że Odwołujący nie podniósł argumentacji odnoszącej się do naruszenia warunków Umowy Krajowej przez Politechnikę Warszawską przy prezentacji próbki oferowanego systemu Omega-PSIR, lecz taką argumentację budował w odniesieniu do „Konsorcjum Sages". Jednocześnie należy mieć również na uwadze, co wynika ze stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, jak również ze Stanowska ICM (dowód nr 11), że Odwołujący nie podjął dotychczas żadnych kroków prawnych mających na celu ochronę jego majątkowych praw autorskich, jak również nie zgłaszał ICM, która to instytucja jest wyznaczona do kontaktów w zakresie Umowy Krajowej (dowód nr 4), żadnych nieprawidłowości w użytkowaniu licencji przez Politechnikę Warszawską.

Z istota i celu zawiązania „Konsorcjum" w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie wynika, że wykonawca wchodzący w skład takiego konsorcjum nabywa, przez sam fakt bycia w konsorcjum, np. doświadczenia jakie posiada inny wykonawca, ale również przez sam fakt bycia „konsorcjantem" nie wchodzi w prawa innego wykonawcy z konsorcjum. Jednocześnie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może mieć określony zakres czynności podejmowanych w celu uzyskania zamówienia, natomiast Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał, że to po stronie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością było stworzenie i zademonstrowanie oferowanego systemu. Wręcz przeciwnie, z dokumentów zgromadzonych w sprawie wynika, że to Politechnika Warszawska, jako współkonsorcjant, jest właścicielem oferowanego systemu Omega-PSIR i to przedstawiciele Politechniki warszawskiej prezentowali jego funkcjonalności. Podział zadań pomiędzy konsorcjantów może być podyktowany właśnie posiadanymi przez nich uprawnieniami, prawami czy umiejętnościami. Przedstawione przez Odwołującego wyciągi polityk Elsevier (dowód nr 6), z uwagi na to, że Politechnika Warszawska jest uprawniona z Umowy Krajowej, są w rozstrzygnięciu tego zarzutu nieprzydatne. Jednocześnie w ocenie Izby oświadczenie z dnia 10 września 2019 roku (dowód nr 7) złożone przez Odwołującego potwierdza, że importowanie do Omegi-PSIR danych z bazy Scopus było możliwe, oraz, że w Politechnika Warszawska może uzyskać

klucz API.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba wskazuje, że czynności podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przez Zamawiającego były prawidłowe. W ocenie Izby prezentacja próbki oferty systemu OMEGA-PSIR nie naruszyła dobrych obyczajów jak również nie była działaniem sprzecznym z prawem, tym samym w postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Ad 3)

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1-2 Kodeksu cywilnego (dalej jako: „KC") w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sages pomimo sprzeczności oferty Konsorcjum Sages z umową łączącą Odwołującego z Politechniką Warszawską, naruszeniem majątkowych praw autorskich Odwołującego do zasobów wchodzących w skład bazy danych Sages oraz prawa do bazy danych przysługującego Odwołującemu na podstawie ustawy o ochronie baz danych i zasadami współżycia społecznego, w konsekwencji czego jest ona nieważna - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby, złożenie przez uczestnika postępowania odwoławczego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Politechnika Warszawska, oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, w stanie faktycznym tej sprawy, nie jest czynnością sprzeczną z ustawą jak również nie jest czynnością mającą na celu obejście ustawy.

Izba zaznacza, że w zakresie uzasadnienia powyższych przesłanek mających stanowić o zaistnieniu podstawy do odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego Odwołujący nie wykazał, że oferty jest sprzeczna z ustawa tj. że, „jej treść jest formalnie i materialnie niezgodna z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa" albo „wynika z właściwości lub z natury określonych przepisów, przy braku wyraźnego zakazu dokonywania czynności prawnej określonej treści". W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, że oferta jest nieważna (nieważność czynności), bowiem nie wykazał zaistnienia przesłanek nieważności tej oferty wynikających „z wyraźnej dyspozycji przepisu" ale także z" z natury zobowiązania".

Dodatkowo Izba podkreśla, że nie uwzględniła żadnego z powyżej rozpoznanych zarzutów (zarzutu 1 oraz zarzutu 2), tj nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK") w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Ad 4)

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sages mimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zgodności oferty z wymaganiami, przez demonstrację próbki systemu w sposób niezgodny z treścią SIWZ, procedurą weryfikacji, operującego na danych uzyskanych z naruszeniem majątkowych praw autorskich Odwołującego, naruszeniem wyłącznego prawa do bazy danych przysługującego Odwołującemu w celu prezentacji wymaganych funkcjonalności, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że rozpoznanie tego zarzutu mając na uwadze konstrukcję przedmiotowego odwołania, stanowi pochodną rozpoznania zarzutu 1 i zarzutu 2 odwołania. Natomiast wskazane w zdaniu poprzednim zarzuty Izba uznała za niezasadne (zarzutu 1 oraz zarzutu 2).

Dla skutecznego zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy niezbędne jest spełnienie kumulatywnie następujący przesłanek, a mianowicie: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego, która to informacja ta ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub

niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy naruszył przepis ustawy. W ocenie Izby uczestnik postępowania odwoławczego nie przedstawił w postępowaniu informacji niezgodnych z rzeczywistością w zakresie zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego, jak również nie przedstawił takich informacji w zakresie prezentacji próbki, które mogłyby być niezgodne z SIWZ, procedurą weryfikacji. Izba uznała bowiem, że nie wykorzystano do prezentacji wymaganych funkcjonalności próbki oferowanego systemu danych uzyskanych z naruszeniem majątkowych praw autorskich Odwołującego, naruszeniem wyłącznego prawa do bazy danych przysługujących Odwołującemu. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że prezentacja próbki oferowanego systemu, próbka oferowanego systemu zostały przedstawione, złożone w taki sposób, który byłby niezgodny z rzeczywistością. Podkreślenia wymaga, że przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością, to złożenia oświadczenia, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Przedstawienie i prezentacja próbki oferowanego systemu przez uczestnika postępowania odwoławczego nie wprowadziło, w ocenie Izby, Zamawiającego w błąd co do zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. w odniesieniu do pozostałych przesłanek z art. 24 ust 1 pkt 17, czyli tego, że kwestionowana informacja musi mieć wpływ na decyzje Zamawiającego a jej przedstawienie musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa w działaniu wykonawcy nie zostały w żaden sposób wykazane przez Odwołującego.

Tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w czynnościach Zamawiającego, bowiem Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Ad. 7)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Sages o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz w dysponowania wymaganym potencjałem osobowym lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie - Izba uznała zarzut za zasadny.

W odniesieniu do tego zarzutu odwołania niezbędnym jest w pierwszej kolejności rozdzielenie zarzutu przez wskazanie na podnoszone:

a) zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Sages o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy - w tym zakresie Zamawiający zarzut odwołania uwzględnił, natomiast uczestnik

postępowania odwoławczego złożył sprzeciw wobec uwzględnienia tego zarzutu -

Izba zarzut uwzględniła,

b) zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Sages o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do dysponowania wymaganym potencjałem osobowym - Izba zarzut uwzględniła.

ad. a)

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Sages o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy, kluczowym dla rozpoznania zarzutu jest odniesienie się do treści ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu. Treść warunku udziału w postępowaniu nie może być ani zmieniana ani rozszerzana po upływie terminu składania ofert, jednakże treść warunku nie może być również uwzględniana w zakresie niezgodnym z obowiązującymi przepisami prawa.

Treść warunków, mimo np. dokonanej przez Zamawiającego zmiany w stosunku do obowiązujących przepisów nie może być dowolnie kształtowana przez Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kluczowym jest dokonanie oceny w odniesieniu do ukształtowanego w SIWZ w pkt V. 1.2.3) a), wymagania odnośnie warunku posiadania zdolności technicznych i zawodowych - Wykonawca wykaże, że spełnia warunek jeżeli: a) w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej 3 dostawy, w tym: (...).

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 poz. 2016 ze zmianami), § 2 ust. 4 w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający może żądać następujących dokumentów: pkt 2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, (...).

Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca musi wykazać, w składanym wykazie, doświadczenie w wykonanych dostawach. Wyjątkiem od tej prawem przepisanej reguły jest możliwość wykazania doświadczenia będącego w trakcie realizacji umowy (zamówienia) w przypadku, gdy obejmuje ono świadczenia okresowe lub ciągłe.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania i wskazuje, że dostawa co najmniej dwóch licencji wraz z wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, o określonych w warunku udziału w postępowaniu kryteriach jak również co najmniej jedna dostawa z wdrożeniem jednego dowolnego systemu rozproszonego nie jest świadczeniem ciągłym ani świadczeniem okresowym.

W związku z tym, nie jest skuteczne i zgodne z obowiązującym prawem wykazywanie doświadczenia w ramach takich dostaw, które są „wykonywane". Dostawa wraz z wdrożeniem systemu musi być zakończona, co oznacza, że musi zostać wykonana.

W ocenie Izby nie zmienia tego faktu podanie przez Zamawiającego w SIWZ informacji o „wykonywaniu" dostaw, bowiem nie można uznać za prawnie skuteczne dokonywanie zmiany treścią SIWZ postanowień obowiązującego prawa. Gdyby uznać, że postanowienia SIWZ zmodyfikowane przez Zamawiającego w stosunku do obowiązujących regulacji prawnych, bądź wprowadzone dodatkowo obowiązują w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to mielibyśmy do czynienia z nieokreśloną ilością regulacji, a w każdym postępowaniu Zamawiający mogliby regulacjami w SIWZ modyfikować w sposób nieskończony treści obowiązującej ustawy i rozporządzeń. Takie działanie należy uznać za niewłaściwe, a jeżeli już w SIWZ zostały wskazane postanowienia, które nie są zgodne z literą prawa, a które nie były kwestionowana na wcześniejszym etapie, to nie prowadzą one do zmiany treści przepisów.

Izba zaznacza, ze zgodnie z pkt VI 1.5.8 SIWZ Zamawiający żądał na potwierdzenie wykazania spełnienia ww. warunku Wykazu dostaw wykonanych, a w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (...). Zamawiający w tym miejscu w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazał, oczywiście za treścią ww. rozporządzenia, że wymaga przedstawienia wykazu dostaw wykonanych, a jedynie w wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych dopuszcza wykazanie dostaw wykonywanych.

Izba zaznacza również, że w załączniku nr 10 do SIWZ - Wykaz dostaw również Zamawiający w sposób oczywisty odniósł się do tego, że jedynie w ramach świadczeń okresowych lub ciągłych dopuszcza wykazanie się dostawami wykonywanymi. Z treści tabeli zamieszczonej w tym załączniku jednoznacznie można odczytać (ostatni kolumna), że wykazane przez wykonawcę dostawy miały być dostawami wykonanymi oraz w kolumnie czwartej podano „daty wykonania".

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w zakresie Wykazu dostaw niezbędne jest wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia tego wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Dostawy licencji wraz z ich wdrożeniem mają być dostawami wykonanymi, co oznacza, że maja to być dostawy wraz z drożeniem zakończone a nie będące w toku realizacji. Przy czym nie ma w tym miejscu znaczenia, czy w ramach realizacji danej dostawy wraz z wdrożeniem czynności były wykonywane w dłuższym czy

krótszym czasie, co zazwyczaj wynika z procesów technologicznych, możliwości technicznych czy woli stron - istotne jest, że proces jaki obejmowało zobowiązanie umowne (zamówienie) został zakończony, czyli został osiągnięty efekt założony w tym zobowiązaniu, który polega na osiągnięciu skutku, który swym zakresem obejmuje co najmniej wymagania zawarte w warunku udziału w postępowaniu. Co najmniej - co oznacza, że zakres dostawy i wdrożenia w referencyjnej dostawie może być szerszy, ale musi być zakończony. Niezależnie od podnoszonej przez uczestnika postępowania odwoławczego argumentacji zawartej w piśmie procesowym w odniesieniu do rozumienia pojęć „wdrożenie", „projekt informatyczny" oraz pojemności wytwarzania wdrażania systemów informatycznych Izba podkreśla, że na potrzeby postępowania o udzielnie zamówienia publicznego brana jest pod uwagę dostawa licencji z wdrożeniem systemu, który spełnia kryteria określone w warunku przez Zamawiającego. Istotą jest wykonanie dostawy licencji wraz z wdrożeniem oraz jej zgodność z wymaganiami przedmiotowymi. Nie będzie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu dostawa licencji wraz z wdrożeniem systemu o kryteriach wymaganych przez Zamawiającego, która nie została faktycznie zakończona (wykonana) i to niezależnie od zakresu przedmiotowego tej dostawy wraz z wdrożeniem (bowiem może być on szerszy od kryteriów wymaganych przez Zamawiającego), jak również nie będzie potwierdzała warunku dostawa wara z wdrożeniem systemu, która jest w trakcie realizacji, ale została już zrealizowana co najmniej w kryteriach określonych w warunku przez Zamawiającego. Bez znaczenia dla oceny wykazania się wdrożonym, a nie wdrażanym systemem jest wskazanie czynności jakie wykonywane są podczas standardowego wdrażania systemu Omega -PSIR (dowód nr 17 str. 1), ponieważ zakres kryteriów jakie miała obejmować referencyjna dostawa został podany przez Zamawiającego.

Z pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego (pkt 78) w sposób jednoznaczny wynika, że w zakresie podanego doświadczenia na potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostały podane dostawy wraz z wdrożeniem systemu - które uczestnik postępowania odwoławczego nazywa projektami - które są w trakcie realizacji. Takie oświadczenie potwierdza, że nie wszystkie wskazane w Wykazie dostaw, dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W treść Wykazu dostaw dla każdej z dostaw z wdrożeniem 1 dowolnego systemu rozproszonego („B) w kolumnie „Daty wykonania" podano po dacie początkowej „praca w toku", co w sposób jednoznaczny potwierdza, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i już z tego powodu powinien zostać wezwany do uzupełnienia Wykazu dostaw. Sam uczestnik postępowania odwoławczego podaje, w odniesieniu do Wykazu dostaw w ww. zakresie, w piśmie procesowym, że dostawa i wdrożenie oprogramowania zgodnie z SIWZ pod pozycją B1 i B2 zostały zakończone na dzień składania ofert. Jednakże Izba ponownie wskazuje, że dostawa wraz z wdrożeniem na potwierdzenie spełnienia wymagań w zakresie warunku posiadanego doświadczenia wskazanego w literze „B" ma być wykonana, co oznacza, że ma być zakończona (wykonane zamówienia, umowa) i nie odnosi się to do zakończenia realizacji części zobowiązania jakie co najmniej odpowiada wymaganiom warunku. W odniesieniu do dostawy z pozycji B1 umowa (dowód nr 9) potwierdza jednoznacznie, że nie została ona wykonana. Nie ma znaczenia jaki zakres z harmonogramu został już zrealizowany ponieważ umowa nie została wykonana. Również z oświadczenia z dnia 12 września 2019 roku (dowód nr 14), że realizacja nie została zakończona, a na dzień składania ofert system nadawał się do eksploatacji w wersji standardowej. Z dokumentów powyższych jednoznacznie wynika, że dostawa wraz z wdrożeniem nie zostały wykonane, realizacja jedynie części zobowiązania, w zakresie odpowiadającym kryteriom z warunku udziału nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podobnie w odniesieniu do dostawy z pozycji B2 - oświadczenie z dnia 12 czerwca 2019 roku (dowód nr 14), oświadczenie to potwierdza, że realizacji nie została zakończona, czyli, że nie wykonano zamówienia (umowy); co oznacza, że nie jest to dostawa licencji wraz z wdrożeniem wykonana.

Podobnie w sytuacji pozycji B3 w kolumnie „Daty wykonania" podał wykonawca praca w toku, jak również nie wskazał w wykazie subskrybentów Oprogramowania Omeg-PSIR. Przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego zestawienie czynności w poszczególnych projektach referencyjnych na jakie powołuje się uczestnik postępowania odwoławczego (dowód nr 17 str. 2) nie potwierdza, że dostawy wskazane w pozycjach B1, B2, B3 zostały wykonane, że umowy zostały wykonane. Sam fakt oświadczenia o wykonaniu danych czynności w ramach realizowanych zamówień nie potwierdza wykonania tych zobowiązań (o czym była mowa wyżej). Z oświadczeń z dnia 5 czerwca 2019 roku oraz 10 czerwca 2019 roku (dowód nr 14) nie wynika, nie potwierdzają one, że na dzień złożenia oferty wykonane zostały dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu o określonych kryteriach w warunku udziału w postępowaniu, a treść oświadczeń wskazuje jednoznacznie na to, że wdrażane będą dopiero rozwiązania pozwalające na automatyczną wymianę danych pomiędzy instytucjami korzystającymi z Omega-PSIR, a w dalszej części treść oświadczeń dotyczy wyrażenia zgody na prowadzenie wymiany danych w takim modelu. Również zrzuty ekranu euroCRIS (dowód nr 18) nie potwierdzają, że na dzień złożenia oferty dostawa wraz z wdrożeniem jednego dowolnego systemu rozproszonego - wskazane w pozycjach B1 i B2 - była wykonana. Przedstawione zrzuty z ekranów poszczególnych

uczelni / baz wiedzy - dla pozycji B1, B2, B3 (dowód nr 16), z funkcjonujących już systemów wdrożonych przez uczestnika postępoania odwoławczego w żaden sposób nie potwierdza, że na dzień składania oferty dostawa wraz z wdrożeniem jednego dowolnego systemu rozproszonego, o których mowa a w pozycji B1, B2, B3 Wykazu dostaw zostały wykonane. Takie oświadczenia zapewne nie potwierdzają, że dostawa wskazana w wykazie w pozycji B3 została wykonana. Również oświadczenie z dnia 2 sierpnia 2019 roku (dowód nr 14) z Uniwersytetu Opolskiego nie potwierdza, że wykonano zobowiązanie na dzień złożenia oferty w postępowaniu, a zestawiając datę tego oświadczenia z informacją z Wykazu dostaw złożoną przez uczestnika postępowania odwoławczego „prace w toku" Izba uznała, że wdrożenie, wykonanie zobowiązania o którym mowa w ww. oświadczeniu nastąpiło po upływie terminu składania ofert.

Dodać należy w tym miejscu, że to obowiązkiem wykonawcy jest rzetelne i prawidłowe wypełnienie Wykazu dostaw w zakresie każdej z kolumn, z uwzględnieniem treści warunku i podania w wykazie niezbędnych informacji.

Sam Zamawiający wskazując pod tabelą w Wykazie dostaw, że „wykonawca może dostosować rozmiar rubryk w tabeli w zależności od potrzeb" zdawał sobie sprawę z konieczności pozyskania za sprawą Wykazu dostaw wszystkich niezbędnych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu informacji.

W odniesieniu do wskazanych w Wykazie dostaw, odnośnie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zdefiniowanego w literze „A", w odniesieniu do dostaw licencji wraz z wdrożeniem systemu aktualna pozostaje cała argumentacja zawarta powyżej, a odnosząca się do przedstawienia w wykazie wykonanych dostaw licencji wraz z wdrożeniem systemu. W odniesieniu do dostaw licencji wraz z wdrożeniem wskazanym pod pozycją A4 i A5, z oświadczenia zawartego w Wykazie dostaw wynika jednoznacznie, że umowa nie została wykonana. W odniesieniu do tych dostaw licencji wraz z wdrożeniem w piśmie procesowym uczestnik postępowania zawarł treści bliźniacze jak dla pozycji B1 i B2, a mianowicie, że dostawa i wdrożenie oprogramowania zgodnie z SIWZ zakończyło się na dzień składania ofert. Stanowisko zaprezentowane w piśmie procesowym uczestnika postępowania odwoławczego potwierdza zatem, że w przypadku tych dostaw licencji wraz z wdrożeniem systemu (A4 i A5) realizacja umowy, zamówienia (zobowiązania) nie została zakończona. Fakt, że przeprowadzone zostały czynności co najmniej opisane w warunku udziału postępowaniu, przy braku zakończenia realizacji umowy, nie stanowi, że wykonawca wykazał tym zobowiązaniem uzyskane doświadczenie zgodnie z warunkiem zawartym w SIWZ. W świetle obowiązującego prawa, ale jak i postanowień SIWZ wskazywane doświadczenie, przez wskazanie realizacji będącej w toku, mimo że został w zrealizowanej części wykonany co najmniej zakres opisany w warunku, nie potwierdza i nie może potwierdzać warunku udziału w postępowaniu, który to warunek jedynie w zakresie dostaw okresowych i ciągłych dopuszczał możliwość wykazania się dostawami wykonywanymi - natomiast dostawa licencji wraz z wdrożeniem systemu, która będzie spełniać kryteria opisane przez Zamawiającego nie jest dostawą ciągłą lub okresową. Podobnie, o czym była mowa powyżej, zestawienie czynności w poszczególnych projektach referencyjnych na jakie powołuje się uczestnik postępowania odwoławczego (dowód nr 17 str. 2) nie potwierdza, że dostawa licencji wraz z wdrożeniem systemu wskazana w pozycji A4, została wykonana. Protokół odbioru (dowód nr 19) potwierdza, zgodnie z wnioskiem uczestnika postępowania odwoławczego fakt dostarczenia dysku maszyny wirtualnej ze środowiskiem Omega-PSIR dla odbiorcy, jednakże nie potwierdza on wykonania umowy z SGGW jak również został wystawiony po terminie składania ofert. Również oświadczenie z dnia 16 września 2019 roku (dowód nr 14), w ocenie Izby jednoznacznie potwierdza, że nie zostało na dzień składania ofert wykonane zamówienie, dostawa licencji wraz z wdrożeniem. Natomiast w odniesieniu do dostawy w pozycji A5 oświadczenie z dnia 2 sierpnia 2019 roku potwierdza należytą i terminową realizację wdrożenia systemu, jednakże brak jest w oświadczeniu daty wykonania dostawy licencji i wdrożenia systemu. Zestawiając natomiast datę tego oświadczenia oraz informacje z Wykazu dostaw tj.: „praca w toku" Izba uznała, że oświadczenie to potwierdza wykonanie zobowiązania już po terminie składania ofert. Również zrzuty ekranu euroCRIS (dowód nr 18) nie potwierdzają, że na dzień złożenia oferty co najmniej 2 dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu o określonych kryteriach - wskazane w pozycjach A4 i A5 - była wykonana. Przedstawione zrzuty z ekranów poszczególnych uczelni / baz wiedzy - dla pozycji A4, A5 (dowód nr 16), z funkcjonujących już systemów wdrożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego w żaden sposób nie potwierdza, że na dzień składania oferty co najmniej 2 dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu o określonych kryteriach , o których mowa a w pozycji A4, A5 Wykazu dostaw zostały wykonane.

W odniesieniu do dostaw wskazanych w pozycjach A1, A2 oraz A3 brak jest jednoznacznych informacji potwierdzających, że spełniają one kryteria wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający w ramach ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu w sposób dokładny, szczegółowy wskazał kryteria jakie ma spełnić każda z dwóch dostaw licencji wraz

z wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, tj.: gromadzi, aktualizuje, integruje i przechowuje dane na temat działalności naukowej, w tym co najmniej: naukowców, dorobku naukowego i projektów badawczych; oraz umożliwia wyszukiwanie informacji na temat osiągnięć naukowych i potencjału badawczego oraz analizę dartych i przygotowanie raportów; oraz gromadzi metadane i ich elementy pochodzące z różnych systemów informatycznych i repozytoriów publikacji lub danych badawczych oraz systemów opisujących poszczególne aspekty środowiska badawczego na poziomie instytucji i ogólnokrajowym; oraz posiada silnik wyszukiwawczy pozwalający na wykorzystanie takich właściwości kartotek haseł wzorcowych jak odsyłacze, synonimy, terminy.

W odniesieniu do pozycji A1 Wykazu dostaw w ocenie Izby treść zawarta w oświadczeniu uczestnika postępowania nie potwierdza spełnienia wymagania zawartego w warunku, bowiem wskazał między innymi „rozwój modułu repozytoryjnego o zarządzenie licencjami o archiwizację. Inne adaptacje na potrzeby UG" jednocześnie nie odniósł się do kryteriów zawartych w warunku. Referencja przedstawiona przez wykonawcę, po pierwsze pochodzi od podmiotu zewnętrznego i jej treść każdorazowo jest przez taki podmiot kształtowana; po drugie, treść takiego dokumentu ma potwierdzać, że dostawa została wykonana należycie. Słusznie w ocenie Izby zauważył Odwołujący, że w treści referencji zawarta jest przekopiowana treść warunku, jednocześnie poniżej wskazany jest zakres prac, które między innymi obejmowała umowa, a które to nie odpowiadają kryteriom z warunku. Wobec braku wskazania przedmiotu dostawy (kolumna pierwsza) w Wykazie dostaw, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazał, że przedmiot dostawy „należy opisać szczegółowo" jak również niedającego jednoznacznej informacji w tym zakresie oświadczenia w złożonej referencji Izba uznała, że wskazaną w pozycji A1 dostawą wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do pozycji A2 Wykazu dostaw w ocenie Izby treść zawarta w oświadczeniu uczestnika postępowania nie potwierdza spełnienia wymagania zawartego w warunku, w zasadzie mimo podanego wymagania opisania szczegółowo przedmiotu dostawy wykonawca nie podał żadnych informacji pozwalających na dokonanie oceny wykazanego w tej pozycji doświadczenie. W odniesieniu do referencji, argumentacja zawarta powyżej w odniesieniu do referencji dla pozycji A1, pozostaje aktualna również w tym przypadku, przy czym wskazany poniżej przekopiowanej treści warunku zakres prac obejmował między innymi rozwój funkcjonalności importu danych (wraz z deduplikacją) w oprogramowaniu Omega-PSIR, prace wdrożeniowe, szkolenia i wsparcie. W oparciu o brak przedstawienia danych odnośnie przedmiotu dostawy w Wykazie dostaw i nie dającej jednoznacznej odpowiedzi, co do przedmiotu dostawy, treści referencji Izba uznała że wskazaną w pozycji A2 dostawą wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
W ocenie Izby z oświadczenia z dnia 18 czerwca 2019 roku (dowód nr 14) przedstawionego przez uczestnika postępowania odwoławczego, wynikają informacje mające znaczenie dla oceny zakresu zrealizowanego zamówienia w odniesieniu do wymaganego warunku, potwierdzając, że dane funkcjonalności, odpowiadające kryteriom w warunku wskazanym, nie zostały jeszcze osiągnięte - co oznacza z jednej strony, że przedmiotowo w zakresie opcji automatycznej wymiany danych pomiędzy systemami instytucjonalnymi a systemem zintegrowanym jest poprawnie ale jednocześnie oświadczenie to wskazuje, że ten stan uczelnia zaakceptowała i po zakończeniu niezbędnych testów będzie możliwe, co oznacza, że nie został on osiągnięty na dzień składania ofert. Jednakże niewykonanie dostawy licencji z wdrożeniem systemu o określonych kryteriach w warunku nie było objęte zakresem zarzutu dla tej pozycji (A2).

W odniesieniu do pozycji A3 Wykazu dostaw w ocenie Izby treść zawarta w oświadczeniu uczestnika postępowania nie potwierdza spełnienia wymagania zawartego w warunku, bowiem, jak to wskazane zostało już powyżej, wykonawca obowiązany był przedmiot dostawy opisać w sposób szczegółowy (kolumna pierwsza), natomiast podana treść w Wykazie dostaw odnosi się do realizacji dwóch umów, przy czym pierwsza wskazuje na „dostawę i wdrożenie oprogramowania Omega-PSIR na potrzeby Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu: eksport i import danych w formacie systemu ALEPH, szkolenia", a druga umowa w przedmiocie „personalizacji stron systemu Omega-PSIR, wdrożenie nowych funkcjonalności analitycznych dla Uniwersytetu". Brak w jest szczegółowego opisania przedmiotu dostawy, którego wymagał Zamawiający, co uniemożliwia ocenę spełnienia kryteriów określonych w warunku udziału w postępowaniu. Wymaga zaznaczenia w tym miejscu, że ten szczegółowy opis wykazanej dostawy powinien odnosić się do dostawy licencji wraz z wdrożeniem systemu o określonych kryteriach - taki bowiem warunek wskazał Zamawiający w SIWZ. Referencja z Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu ponowne w swej treści zawiera przekopiowaną część warunku udziału w postępowaniu, po czym wskazuje na informacje jakie między innymi obejmowały prace czyli

prace wdrożeniowe, rozwój funkcjonalności min eksport i import danych w formacie ALEPH, szkolenia i wsparcie. Również w przypadku drugiej z umów wskazano co on między innymi obejmuje, a mianowicie: personalizację stron systemu Omega-PSIR i wdrożenie nowych funkcjonalności analitycznych. W treści oświadczenia w Wykazie dostaw wykonawca przepisał informacje z referencji w żaden sposób nie opisując przedmiotu dostawy. Jednocześnie treść referencji, jako dokumentu o nieustandaryzowanych elementach, każdorazowo zależna jest od wystawcy tego dokumentu.

Z przedstawionych umów (dowód nr 1):, z umowy z dnia 21 kwietnia 2017 roku (wzór z 15 stycznia 2017 roku) wynika, że jej przedmiotem była dostawa licencji, na co wskazywał Odwołujący, oraz umowa z 8 października 2019 roku, której przedmiotem jest usługa polegająca na wykonaniu prac wspomagający wdrożenie Repozytorium z wykorzystaniem oprogramowania Omega-PSIR w Uniwersytecie. Z dokumentów złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego (dowód nr 15) oświadczenia z Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu wynika, że w ramach wdrożeń systemu Omega-PSIR podpisano z Politechniką Warszawską 4 umowy, jedną licencyjną, dwie na prace wdrożeniowe oraz odrębną w zakresie dostawy oprogramowania Omega-PSIR w postaci maszyny wirtualnej przygotowanej w sposób umożliwiający jej instalację w infrastrukturze Uniwersytetu. Izba wskazuje, że w umowie z dnia 9 czerwca 2019 roku (dowód nr 15) wskazano jako przedmiot zamówienia usługę polegającą na udzieleniu odbiorcy bieżącego dostępu do aktualizacji oprogramowania Omega-PSIR (§ 2 ust.1 - w ramach umowy dostawca zobowiązuje się publikować aktualizacje systemu co najmniej 4 razy w roku), natomiast umowa z 8 marca 2019 roku (dowód nr 15) została zawarta w przedmiocie usługi polegającej na wykonaniu prac wspomagających rozbudowę oprogramowana Omega-PSIR o dodatkowe funkcjonalności, wskazane w załączniku do umowy - Harmonogram prac wspomagających rozbudowę oprogramowania Omega-PSIR. W ocenie Izby z przedstawionych dokumentów nie wynika, aby tak pozyskane doświadczenie potwierdzało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z przedstawionych przez uczestnika postępowania umów wynika zupełnie inny zakres niż ten jaki dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagany był przez Zamawiającego, czyli dostawy wraz z wdrożeniem systemu o określonych kryteriach, umowy wskazane przez uczestnika referowały do innego rodzaju usług tj. dostawy aktualizacji i rozszerzenia funkcjonalności. Takie usługi które zapewne niezbędne są dla ich odbiorcy, jednakże z perspektywy oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługo te są obojętne. Natomiast z umów, do których referował Odwołujący wynika że dotyczyły one dostawy licencji oraz wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu prac wspomagający wdrożenie Repozytorium z wykorzystaniem oprogramowania Omega-PSIR w Uniwersytecie. Te również nie potwierdzają doświadczenia w dostawie i wdrożeniu systemu o kryteriach określonych przez Zamawiającego. W zasadzie sam uczestnik potwierdził, że umowy wskazane przez Odwołującego nie potwierdzają realizacji dostawy wraz z wdrożeniem systemu o określonych w warunku kryteriach, jednakże i umowy przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego tego zakresu nie potwierdzają.

Przepisanie treści warunku do referencji nie może być traktowane jako niewłaściwe, jednakże w przypadku referencji dla pozycji A3, jak również referencji złożonych dla dostaw z pozycji A1 i A2, treść referencji potwierdza należyte i terminowe wykonanie prac, ale co do zakresu przedmiotowego w ocenie Izby referencja jest niejednoznaczna. Izba zauważa również, że w przypadku każdej z referencji dla pozycji A1, A2, A3 część dotycząca podania treści warunku jest wręcz taka sama, ale w każdej z tych referencji podany jest zupełnie inny zakres prac jakie między innymi obejmowały wskazane realizacje, co powoduje, że treść tych referencji jest zwyczajnie niejednoznaczna.

Izba podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym dokonywana jest ocena czynności Zamawiającego, oceniana jest czynność oceny dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawcę jaka została dokonana przez Zamawiającego. To z dokumentów złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma wynikać wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zamawiający miał możliwość skorzystania w postępowaniu z procedury art. 16 ust. 4 ustawy i wyjaśnić złożone oświadczenie w zakresie wykazanego doświadczenie, nie poczynił tego. W ocenie Izby Odwołujący dowiódł, że dokonana czynność oceny przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu została wykonana nieprawidłowo, a w określonych, wskazanych powyżej przypadkach dowiódł również, że niektóre wskazane dostawy nie potwierdzają spełnienia wymagań Zamawiającego. W obliczy tego niezasadnym byłoby teraz nakazywanie Zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów.

ad. b)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy przez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum Sages o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego dysponowania wymaganym potencjałem osobowym lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie - Izba uznała, że zarzut jest zasadny.

Zgodnie z SIWZ w pkt V. 1.2.3) b) SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu i wymagał zgodnie z pkt VI 1.5.9 SIWZ przedstawienia Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, który będzie zawierał informacje na temat wraz z ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W przedstawionym, zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ Wykazie osób dla Kierownika projektu brak jest wskazania co najmniej 2 usług polegające na kierowaniu wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, spełniającym kryteria z lit A. Podanie w Wykazie osób jedynie podmiotów będących odbiorcami usługi, „min dla AMU, UMED Łódź, Centrum Onkologii, UG, Politechnika Śląska", czy odniesienie do innych niewskazanych projektów, w których świadczył usługę na rzecz wymienionych instytucji czy branż, w ocenie Izby nie stanowi o wskazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wymaga uszczegółowienia w tym miejscu, że zgodnie z rzeczonym warunkiem udziału w postępowaniu wykazane doświadczenie odnosi się do realizacji co najmniej 2 usług polegających na kierowaniu wdrożeniem systemu zarządzania osiągnięciami naukowymi i potencjałem badawczym, z których każdy spełnia kryteria jak w warunku dotyczącym doświadczenia litera A - szczegółowo wskazane w załączniku nr 11 do SIWZ. W kolumnie „Doświadczenie" w Wykazie usług wykonawca winien właśnie odnieść się do konkretnych projektów, w których wskazany Kierownik Projektu uzyskał doświadczenie, z odniesieniem do wymagań opisanych przez Zamawiającego dotyczących wdrażanego systemu.

Izba uznała za niezasadne stanowisko Zamawiającego odwołujące się do informacji w „Wykazie doświadczenia zawodowego zespołu wdrożeniowego", bowiem nie jest rolą Zamawiającego określanie i przypisywanie jakiegoś wskazanego doświadczenia w Wykazie doświadczenia zawodowego zespołu wdrożeniowego" do Wykazu osób. Izba podkreśla, że badanie przesłanek wykluczenia, w tym wykluczenia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być oparte na domniemaniu spełnienia tego warunku, z uwagi na podanie informacji w innym dokumencie, złożonym na zupełnie inna okoliczność. W ocenie Izby dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu muszą być jednoznaczne i czytelne, niepozostawiające pola i możliwości interpretacyjnych, bowiem sankcja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest na tyle dotkliwa dla wykonawcy, że czynność Zamawiającego nie może być wynikiem jego samodzielnego poszukiwania informacji potwierdzających spełnienie warunku. Wykonawca w postępowaniu również ma obowiązki, i ma obowiązek złożyć dokumenty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego aby możliwa była ich ocena w pryzmacie postawionego warunku. Nie jest to formalizm dla samego formalizmu, lecz skuteczna i prawidłowa ochrona zarówno Zamawiającego i wykonawcy z uwzględnieniem zasad postępowania. Odniesienie i uzasadnienie stanowiska

Zamawiającego przez powołanie art. 26 ust. 6 ustawy Izba uznała za nieprawidłowe, bowiem w wykładni tego przepisu należy brać pod uwagę również § 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 poz. 2016 ze zmianami), zgodnie z którą to regulacją dostępność oświadczeń i dokumentów, o których mowa § 2 tego rozporządzenia (odnoszącym się również do Wykazu osób § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia) musi być wskazana przez wykonawcę, również w odniesieniu do dokumentów posiadanych przez Zmawiającego. Potwierdza to, że Zamawiający nie może dokonywać samodzielnie doboru informacji na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tylko to wykonawca wskazuje takie informacje, a Zamawiający obowiązany jest je zbadać i ocenić. Izba podkreśla w tym miejscu, że w Wykazie osób uczestnik postępowania odwoławczego nie wskazał na dostępność oświadczeń odnoszących się do wykonanych usług, co najmniej 2, polegających na kierowaniu wdrożeniem systemu o opisanej przez Zamawiającego charakterystyce. Nie ma w ocenie Izby znaczenie, że dokumenty, do których referował Zamawiający zostały złożone w tym samym postępowaniu, po prostu nie ma do nich żadnego odwołania.

Powyższą argumentację Izba podziela również w odniesieniu do pozostałych wskazanych w Wykazie osób, w odniesieniu do ośmiu specjalistów ds. wdrożenia.

Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia Wykazu osób, w ocenie Izby bezprzedmiotowe

byłoby wzywanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Ad. 5)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1-2 ustawy i art. § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sages, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz w dysponowania wymaganym potencjałem osobowym - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze całą powyżej wskazaną argumentację oraz fakt uwzględnienia zarzutu nr 7 podniesionego w odwołaniu Izba uznała, że przedmiotowy zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz dysponowania wymaganym potencjałem osobowym jest niezasadny, ponieważ w przeprowadzona zostanie procedura z art. 26 ust. 3 ustawy.

Ad 6)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Sages, pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznej lub zawodowej co do wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz w dysponowania wymaganym potencjałem osobowym oraz z uwagi na fakt, że Konsorcjum Sages nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że każda z podniesionych przez Odwołującego podstaw prawnych wykluczenia z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wymaga dla ziszczenia się tej podstawy spełnienia określonych tymi przepisami przesłanek.

Mając na uwadze ugruntowane orzecznictwie stanowisko, dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 2010/18, wyrok KIO 2039/18, wyrok KIO 272/19).

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie pochylił się we wniesionym odwołaniu nad żadną z wyżej wymienionych przesłanek, nie wykazał zaistnienia którejkolwiek z nich, a dla zaistnienie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest ich kumulatywne spełnienie w odniesieniu do każdej z podstaw prawnych. Jednocześnie Izba zaznacza, że zarzut nr 5 i zarzut nr 7 Odwołujący oparł na informacjach zawartych w złożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego dokumentach, czyli też takich, które podlegały ocenie Zamawiającego. Odmienna ocena dokumentów złożonych w postępowaniu, czy ich weryfikacja w odniesieniu do prawidłowego brzmienia warunku, jak również ocena w odniesieniu do braku informacji jakie miały w nich być zawarte nie powoduj

z ustawy uznania, że zostały złożone, przedstawione w celu wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy ocenie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, a w szczególności brak wykazania zaistnienia kumulatywnie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Izba uznała zarzut za niezasadny.

Ad. 8)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Sages i w konsekwencji przyznanie Konsorcjum Sages zawyżonej ilości punktów w zakresie kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego, tj. w uwzględnieniem także projektów będących na dzień składania ofert wtoku realizacji - Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że Zamawiający zarzut ten uwzględnił natomiast uczestnik postępoania odwoławczego złożył sprzeciw wobec uwzględnienia tego zarzutu - Izba zarzut uwzględniła.

Odnosząc się do wniosku uczestnika postępowania odwoławczego, zawartego w piśmie procesowym z dnia 16 września 2019 roku o dorzucenie odwołania w zakresie zarzutu 8 na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy - Izba wniosku nie uwzględniła. Należy zaznaczyć, że w postępowaniu odwoławczym przepisy ustawy nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania, tym samym nie przewidują odrzucenia odwołania w zakresie poszczególnych zarzutów. Natomiast w zakresie wniosku odnoszącego się do ewentualnego oddalenia zarzutu bez merytorycznego rozpoznania Izba uznała, że wniosek ten jest niezasadny. Izba wskazuje, że zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 22 sierpnia 2019 roku Zamawiający dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu, a następnie zbadał czy wykonawca, którego wybrał w postępowaniu spełnia warunki udziału w postępowaniu. Czynność Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2019 roku dotyczy ofert złożonych w postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 1280/19 z dnia 22 lipca 2019 roku Izba nakazała dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu przy jednoczesnym nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym czynność Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2019 roku stanowi nową czynność w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i oparta jest, zgodnie z wyrokiem Izby, na wykonanym ponownym badaniu i ocenie ofert. podniesiony w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zarzut nr 8 oparty jest o inną podstawę faktyczną dokonania oceny w kryterium „doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego". Zgodnie z obowiązującą regulacją prawną, art. 192 ust. 7 ustawy, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym w orzeczeniu sygn. akt KIO 1280/19 Izba nie orzekając ponad zarzuty odwołania nie odniosła się do przyganiani uczestnikowi postępowania odwoławczego punktacji za wskazane doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego będące w trakcie realizacji. Poprzednio Izba rozstrzygała o przyznaniu punktacji w ww. kryterium, z odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Politechnika Warszawska, jednakże w odniesieniu do punktowania „wdrożenia rozproszone systemu typu CRIS a nie wdrożenia rozproszonego typu CRIS". Jednocześnie Izba wskazuje, że postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1280/19 prowadzone było po wyborze jako najkorzystniejszej oferty Elsevier B.V., zdaniem Izby, w tamtym czasie Elsevier B.V. nie mógł skutecznie wnieść odwołania w podnoszonym obecnie zakresie, bowiem jako wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mógłby skutecznie wykazać szkody jaką może ponieść, co stanowi jedną z podstawowych przesłanek materialno prawych korzystania ze środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do zarzutu nr 8 Izba wskazuje, że rozpoznanie zarzutu wymaga rozstrzygnięcia, czy w ramach wykazanego doświadczenia zawodowego zespołu wdrożeniowego punktacja przyznawana będzie za każde wskazane „wdrożenie systemu typu CRIS" tj. czyli zrealizowane (dokonane) jak również będące w realizacji, czy tylko za takie „wdrożenie systemu typu CRIS", które zostało zrealizowane (dokonane, wykonane).

W zakresie Kryteriów oceny ofert Zamawiający wprowadził kryterium - Doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego o wadze 30 %. Zamawiający, wskazując opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem wag i sposobu oceny (rozdział XIV SIWZ) podał w pkt 3 ppkt 2 (tabela), że w ocenie doświadczenia zawodowego zespołu wdrożeniowego będzie brane pod uwagę: „Wdrożenie systemu typu CRIS

W załączniku nr 6 do SIWZ - Wykaz doświadczenia zawodowego zespołu wdrożeniowego,

Zamawiający wymagał podania dla Kierownika projektu, jak również poszczególnych specjalistów podania „Doświadczenia zawodowego (...) (podać nazwę systemu i nazwę instytucji, w której dany system był wdrażany oraz informację czy było to wdrożenie rozproszone".

W ocenie Izby z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że doświadczenie zespołu wdrożeniowego w odniesieniu do „wdrożenie systemu typu CRIS", do jakiego w odwołaniu referował Odwołujący, dotyczy wdrożeń systemu typu CRIS już wdrożonych (co oznacza wykonanych, dokonanych, zakończonych), a nie takich będących w trakcie realizacji. Takie też wdrożenia powinny zostać przez Zamawiającego punktowane w ww. kryterium oceny ofert w odniesieniu do „wdrożeń systemu typu CRIS".

Wskazywane w piśmie uczestnika postępowania odwoławczego powiązanie z warunkiem udziału w postępowaniu nie znajduje żadnego uzasadnienia w odniesieniu do treści SIWZ dotyczącej kryteriów oceny ofert. W ocenie Izby nie ma również znaczenia dla oceny, że „wdrożenie systemu typu CRIS" musi być wdrożone powiązanie wymagania z tym, że musi być rozpoznawane w międzynarodowym środowisku euroCris tj. znajdujące się na liście DRIS. W ocenie Izby rozpoznawalność w środowisku euroCris wdrożonego systemu typu CRIS stanowi dodatkowo wymaganie, które musi być spełnione aby w kryterium można było przyznać punkty.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że doszło do naruszenia art. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie oceny oferty uczestnika w postępowaniu odwoławczego (wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Sages spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Politechnika Warszawska) i przyganianie temu wykonawcy punktów w zakresie oceny oferty w kryterium - Doświadczenie zawodowe zespołu wdrożeniowego, w odniesieniu do „wdrożenie systemu typu CRIS", które jest wtoku realizacji. Punktacja w tym zakresie, zgodnie z całością dokumentacji SIWZ, prawidłowo i skutecznie może być przyznana jedynie za dokonane wdrożenia (zakończone, wykonane, zrealizowane).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zmianami).

W przedmiotowej sprawie odwoławczej Izba, mając na względzie treść art. 192 ust. 10 ustawy oraz stan faktyczny sprawy, gdzie Zamawiający uwzględnił zarzut 7 a) oraz zarzut 8, a uczestnik postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia tych zarzutów, w rozstrzygnięciu Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu 7 a) oraz zarzutu 8 ale i zarzutu 7 b) - tj. zarzutu nieuwzględnionego przez Zmawiającego, a w konsekwencji zarzutu co do którego nie był składany sprzeciw Izba mając na względnie, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, rozstrzygnęła o kosztach postępowania jak w sentencji orzeczenia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....